

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DES SCIENCES SOCIALES DE PARIS

LE DOMAINE DE LA LOI
DU CONTRAT EN DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ
(contrats internationaux et dirigisme étatique)

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 13 juin 1969

par

Annie TOUBIANA

MEMBRES DU JURY

Président : Henri BATIFFOL, Professeur

Assesseurs : Berthold GOLDMAN, Professeur

Yvon LOUSSOUARN, Professeur

DALLOZ
PARIS
1972

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

LE DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

(contrats internationaux et dirigisme étatique)

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 13 juin 1969

par

Annie TOUBIANA

MEMBRES DU JURY

Président : Henri BATIFFOL, Professeur

Assesseurs : Berthold GOLDMAN, Professeur

Yvon LOUSTOUARN, Professeur

DALLOZ

PARIS

1972

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Annuaire</i>	Annuaire français de droit international.
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles).
<i>B. Y. B. I. L.</i>	The British Yearbook of International Law.
<i>C. I. J.</i>	Cour internationale de justice.
<i>Clunet</i>	Journal du droit international (depuis 1915); antérieurement, Journal du droit international privé (1874-1914).
<i>Cours I. H. E. I.</i>	Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris.
<i>C. P. J. I.</i>	Cour permanente de justice internationale.
<i>D.</i>	Recueil Dalloz.
<i>D. C.</i>	Recueil critique Dalloz.
<i>D. H.</i>	Recueil hebdomadaire Dalloz.
<i>Dir. int.</i>	Diritto internazionale, Rivista trimestrale di dottrina e documentazione.
<i>D. M. F.</i>	Droit maritime français.
<i>Enc. Dalloz</i>	Encyclopédie Dalloz.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
<i>Giur. comp. dir. int. priv.</i>	Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato.
<i>Int. and Comp. Law. Q</i>	The International and Comparative Law Quarterly.
<i>IPRspr.</i>	Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts.
<i>J.-Cl. dr. int.</i>	Jurisclasseur de droit international.
<i>J. C. P.</i>	Jurisclasseur périodique (La Semaine Juridique).
<i>Ned. Tijdschrift</i>	Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht.
<i>Nouv. Rev.</i>	Nouvelle revue de droit international privé.
<i>RabelzZ.</i>	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
<i>Rec. Cours La Haye</i>	Recueil des cours de l'Académie de La Haye.
<i>Rép. Dalloz dr. int.</i>	Encyclopédie Dalloz. Répertoire de Droit international privé (sous la direction de Ph. Francescakis).
<i>Rev. Arb.</i>	Revue de l'arbitrage.

<i>Rev. crit.</i>	Revue critique de droit international privé (depuis 1947). Antérieurement : Revue de droit international privé et du droit pénal international (1905-1921); Revue de droit international privé (1922-1933); Revue critique de droit international (1934-1946).
<i>Rev. dr. int. et comp.</i>	Revue de droit international et de droit comparé (Belgique).
<i>Rev. dr. int. et lég. comp.</i>	Revue de droit international et de législation comparée.
<i>Rev. dr. publ.</i>	Revue du droit public.
<i>Rev. franç. dr. aérien</i>	Revue française de droit aérien.
<i>Rev. gén. ass. terr.</i>	Revue générale des assurances terrestres.
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	Revue internationale de droit comparé.
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil.
<i>Rev. trim. dr. com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial.
<i>Rev. trim. dr. europ.</i>	Revue trimestrielle de droit européen.
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale.
<i>Riv. dir. int. civ. e proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale.
<i>Trav. Com. fr. dr. int. privé</i> ...	Travaux du Comité français de droit international privé.

PRÉFACE

Le régime des contrats en droit international privé apparaît actuellement comme écartelé entre deux tendances antagonistes. D'une part le procédé général de la désignation d'une loi applicable au contrat est regardé comme inadéquat : il est des contrats qui ne se rattachent effectivement à aucun système juridique étatique déterminé, et ces systèmes ont d'ailleurs été conçus pour des relations internes, alors que le commerce international a ses exigences propres, beaucoup mieux connues par ceux qui y sont engagés et qui les expriment eux-mêmes par leurs accords librement négociés, sans référence à aucune loi. D'autre part, et en un sens diamétralement opposé, l'accent est mis sur l'intervention croissante de l'Etat en matière de contrats, le dirigisme économique et social qui rétrécit inexorablement la liberté contractuelle : comment refuser à une telle législation l'applicabilité qu'elle réclame à titre impératif, nonobstant toute désignation par les parties de la loi gouvernant leurs contrats selon la méthode bien assise des conflits de lois ?

Le livre de Mlle Toubiana se place tout au contraire dans le jeu même de la règle de conflits de lois. Elle s'en justifie brièvement au départ à l'encontre de la première tendance en rappelant les divers obstacles ou difficultés auxquels se heurte la soustraction d'un contrat, et surtout de l'ensemble des contrats internationaux, à toute loi étatique : de fait la jurisprudence sur les conflits de lois en cette matière, si elle reste peu abondante, est cependant en nette augmentation à l'étranger aussi bien qu'en France ; la méthode reste donc une réalité, et probablement la première, du droit positif.

Elle le reste aussi à l'égard de la deuxième tendance, estime Mlle Toubiana, et c'est sur ce terrain qu'elle a livré le combat qui constitue l'apport le plus neuf, quoique non le seul, de son ouvrage. Il a été appelé par son choix initial, exprimé par le titre. Point n'est besoin d'insister à nouveau sur les risques et les profits d'une étude consacrée au domaine d'une loi déterminée. Nul n'ignore que ce domaine peut être influencé par le mode de désignation de la loi en cause, et qu'il est donc, en un sens, artificiel d'étudier l'un sans l'autre ; mais chacun sait aussi qu'en matière de contrats le premier problème a fait l'objet d'une littérature immense, alors que le droit positif a acquis quelque fermeté sur des points importants. Il était donc possible et

recommandable de ne pas reprendre une fois de plus le problème absorbant de la loi d'autonomie, et en tenant pour acquises un certain nombre de solutions, d'envisager le domaine de cette loi.

Ce problème était à lui seul de dimensions intimidantes, et l'auteur a beaucoup travaillé à déterminer ce qu'il convenait d'en retenir pour éviter de s'engager dans un traité en plusieurs volumes. Finalement son choix s'est porté en premier lieu sur les points qui pourraient être appelés névralgiques ou décisifs dans le domaine de la loi applicable aux contrats. L'ouvrage aurait pu explorer les limites de la loi contractuelle vis-à-vis de la loi personnelle en matière de capacité, de la loi réelle en matière de vente ou d'hypothèque, de la loi locale en matière de forme, de la loi du for en matière procédurale. Ceux qui ont déjà quelque connaissance de ces problèmes reconnaîtront dans les choix de Mlle Toubiana les problèmes les plus actuels et qui sont en même temps les plus propres à éclairer sur le sens de la loi contractuelle. Qu'il s'agisse de l'existence même du consentement, des clauses d'arbitrage, de compétence juridictionnelle, des soi-disant classiques modalités d'exécution, de la responsabilité contractuelle, les difficultés pratiques qui s'élèvent montrent bien qu'il s'agit là d'options significatives. De même, pour prendre une image, qu'une rectification des frontières d'un Etat sur tel ou tel point peut « ne pas tirer à conséquence », alors que sur tels autres l'indépendance ou la consistance économique du pays seraient en jeu, de même l'extension d'une catégorie peut ne poser dans telle direction que des questions d'analyse concrète, alors que sur d'autres points c'est la compréhension même du concept qui sera en cause.

La mise en cause formelle et directe de la notion même de loi contractuelle est abordée par Mlle Toubiana dans la deuxième partie de son ouvrage. Il ne s'agit plus ici d'une organisation homogène des conditions et des effets de l'accord des parties ; le législateur, ou mieux les législateurs, interviennent en vertu d'« impératifs socio-économiques », selon l'expression de l'auteur, pour régler tel ou tel aspect de l'opération contractuelle, qu'il s'agisse des conditions du travail salarié, du logement, de la monnaie, des changes ou des prix, ou des règles de la concurrence. Un important mouvement doctrinal a mis en relief à une époque relativement récente le rôle de ces lois, qui, comme on le voit précisément ici, ne se mettent pas en peine des règles de conflits de lois. Lois d'application immédiate ou lois de police, leur rôle a paru devenir si essentiel qu'il s'agirait d'une catégorie première reléguant la méthode des conflits de lois à la portion congrue, en tous cas subsidiaire, voire « résiduelle ».

Mlle Toubiana prend parti avec décision dans le sens contraire. Sa décision s'exprime par son plan qui établit d'abord l'applicabilité des lois de police étrangères. En effet l'inspiration du mouvement en question est d'affirmer la suprématie pour le juge saisi des lois de police de son for. Mais la question s'est vite posée de savoir si le juge ne pourrait ou ne devrait pas tenir compte le cas échéant de lois étrangères du même type. Mlle Toubiana commence par montrer qu'aucune

raison valable ne peut être alléguée à l'encontre de l'application des lois de police en vigueur dans le pays étranger dont la loi régit le contrat ; une telle application se recommande au contraire du souci d'améliorer les relations internationales par le respect des politiques des autres Etats en ce domaine. Mais ce même souci conduit inévitablement à tenir compte des lois de police qui n'appartiennent pas au système dont la loi régit le contrat, puisqu'aussi bien c'est la pratique de chaque juge pour les lois de police de son for.

A ce point se pose inéluctablement le problème du rattachement des lois de police : quel point de rattachement (domicile, résidence, lieu d'un acte, situation d'un bien ?) légitime l'application de la loi de police d'un Etat déterminé ? Et Mlle Toubiana n'a pas de mal à montrer comment l'inspiration qui s'en tenait aux lois de police du for n'a pu échapper à ce problème. Elle a ainsi apporté une nouvelle méthode de justification à la thèse déjà soutenue que les lois de police ne seraient que des règles de conflits de lois spéciales.

Il reste cependant que les règles de conflits « générales » ou « ordinaires » ont été le plus souvent conçues comme bilatérales et traitées régulièrement comme telles par les jurisprudences développées : le point de rattachement peut indifféremment donner compétence à la loi du for ou à une loi étrangère. Or l'impression est nette que le rattachement des lois de police, quand le législateur le donne, est unilatéral : il n'est donné qu'à l'intention de la loi du for, et l'attitude s'explique par l'hétérogénéité des matières réglées selon ce procédé ; l'impasse paraît complète dans le cas de rattachement alternatif, comme celui de la loi du 18 juin 1966 applicable au transport maritime au départ d'un port français ou à l'arrivée dans un tel port.

Mlle Toubiana n'en soutient pas moins avec conviction la bilatéralisation des règles de rattachement des lois de police du for. On lira avec tout l'intérêt qu'ils méritent ses développements à ce sujet, y compris sur les rattachements alternatifs. Ses adversaires ne reprocheront-ils pas à cet aboutissement de nier finalement toute spécificité aux lois de police, alors que l'auteur y avait cependant vu « une intuition légitime » (n° 182) ? Cette intuition n'expliquerait-elle pas les difficultés de leur bilatéralisation ?

Mlle Toubiana aura contribué avec méthode et vigueur à maintenir l'idée qu'un contrat est une unité psychologique et économique qui, de soi, et dans la mesure du possible, appelle sa soumission d'ensemble à une même loi. Son ouvrage ne méconnaît aucunement que le souci de la coexistence des systèmes juridiques ne permet pas d'ignorer par principe les politiques législatives impératives qui diffèrent d'un Etat à l'autre, et qui entrent en conflit quand un contrat a des points de rattachement avec plusieurs Etats. Mais la synthèse de ces exigences contradictoires doit partir, selon l'auteur, de la compétence première de la loi désignée par le procédé général des conflits de lois. Cette démarche paraît importante dans la conjoncture actuelle.

Le lecteur appréciera comme il se doit les qualités de l'exposé. Clair

et bien écrit, l'ouvrage fait preuve d'une fermeté et d'une précision de pensée qui ne font pas tort au sens des nuances. L'ingéniosité dans le fond ou la présentation n'empêche pas la solidité de la réflexion, et notamment la prudence dans l'interprétation. Mlle Toubiana a su disposer brièvement et exactement de questions qui ont donné lieu à de longues études. Son succès au concours d'agrégation a consacré un sens juridique dont il est légitime d'attendre de nouveaux fruits dans l'avenir.

Henri BATIFFOL.

INTRODUCTION

1. — Entreprendre une étude sur le domaine de la loi du contrat en droit international privé peut sembler témoigner d'un esprit traditionnaliste, voire rétrograde, à une époque où le développement des contrats-type, comme celui de l'arbitrage international, paraît favoriser la consécration de la notion de *contrat « dit sans loi »*, dans les rapports internationaux. Dès lors, la délimitation du domaine de la « loi du contrat » n'aurait qu'un caractère théorique dénué de portée pratique, ou du moins dont la portée serait limitée aux quelques contrats d'importance mineure, pour lesquels les parties n'auraient pas jugé utile de confier le règlement de leurs difficultés aux personnes les plus qualifiées (1) par leur connaissance du milieu juridique international (2). Cependant, il ne semble pas qu'une telle étude soit vaine. En effet, s'il n'est pas contestable que la référence à des contrats-type, dont l'élaboration minutieuse rendrait négligeable la nécessité de recourir à des règles législatives, est fréquente dans les rapports internationaux, elle n'est pas pour autant une forme exclusive de l'activité contractuelle internationale, laquelle est diversifiée (3). Et, quelque important que soit le développement de l'arbitrage commercial international et des « règles » propres à l'ordre international qu'il tend à faire naître au détriment de prime abord des lois positives nationales, la notion de « loi applicable au contrat » n'est ni périmée ni superflue.

2. — En effet, le rattachement à une *loi positive déterminée*, du contrat qui par ses éléments d'extranéité dépasse l'ordre juridique interne, est une nécessité, non seulement affirmée comme certaine,

(1) Ce qui ne veut pas nécessairement dire que les juridictions étatiques ne le seraient pas autant que les arbitres du commerce international, mais l'idée correspond, au fond, à une donnée du droit judiciaire interne, celle de la *spécialisation des juridictions*. De plus, il n'est pas contestable que les litiges portant sur des sommes considérables sont soumis aux instances arbitrales, et non aux juridictions étatiques.

(2) Sur les arbitres du commerce international, v. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, Dalloz, 611 p., p. 159 et s.

(3) Sur le caractère limité de la conclusion de contrats-type dans la pratique, v. F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, 1962, p. 9 et s.

par les juridictions étatiques (1), ou internationales (2), mais qui apparaît également dans le domaine dévolu à l'arbitrage, que ce soit au stade même de l'arbitrage ou à celui de l'exécution de la sentence arbitrale. Sans doute, les « règles » nées de la pratique internationale, composées d'usages professionnels ou de principes généraux du droit sont-elles dans un sens plus adaptées à la vie propre du commerce international (3), et peuvent-elles partiellement résoudre les difficultés résultant de l'absence de législateur supranational, mais même si on devait leur reconnaître une véritable valeur normative (4), il n'en demeure pas moins qu'elles sont parfois insuffisantes (5). La nécessité de *recourir à des règles de droit positif* apparaît ainsi au sein de l'arbitrage, lorsque les lacunes des principes généraux du droit ne permettent pas de régler des problèmes concrets, les sentences rendues par le Président Cassin dans l'affaire des Cargaisons Dérou-tées (6) ou par Lord Asquith of Bishoptone dans l'affaire Abu d'Habi (7) en sont des exemples frappants. Cela apparaît, avec encore moins d'équivoque, lorsque la loi du milieu commercial international n'est pas suffisante à imposer l'exécution des sentences arbitrales, et qu'il est nécessaire de recourir aux juridictions étatiques pour en obtenir l'exequatur. La conception des juridictions étatiques reprend alors son empire, et l'existence d'une *loi applicable au contrat est une nécessité non plus seulement pratique, mais juridique*.

(1) Pour l'affirmation de ce principe en France, v. Civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, D., 1951.749, note Hamel ; S., 1951.1.1, note Niboyet ; J.C.P., 1950.II.5812, note J. Ph. Lévy ; *Rev. crit.*, 1960.609, note H. Batiffol, contrairement à ce qu'avait soutenu la Cour de Paris dans son arrêt du 24 avril 1940. Sur la faible portée de l'apparente exception que constituerait l'arrêt *Galakis*, Civ., 2 mai 1966, *Rev. crit.*, 1967.553, note Goldman, v. *infra*, n° 71. En Allemagne, le principe a été posé en des termes qui méritent d'être rappelés par l'arrêt du R.G. du 28 mai 1936 (*Nouv. Rev.*, 1936.353, *Clunet*, 1936.951) : « Seule la soumission illimitée à une législation déterminée peut garantir que le rapport de droit sera en cas de besoin réglé, même contre la volonté égoïste de la partie économiquement la plus forte, voire des deux parties, conformément aux principes juridiques communs aux Etats de même civilisation, en tenant compte des intérêts généraux en jeu dans chaque cas ».

(2) C.P.I.J., 12 juillet 1929, *Emprunts Serbe et Brésilien*, D.P., 1930.2.45.

(3) Leur existence même atténue la signification que pourrait avoir l'expression de *contrat sans loi*. Sur ces règles, v. Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961.

(4) V. sur ce point B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Le Droit subjectif en question*, Archives de Philosophie du Droit. Sirey, 1964, T. IX, p. 177 et s. Du même auteur, v. « Le droit des sociétés internationales », *Clunet*, 1963.320 et s. Plus réservés sur la formation d'un droit privé commun international, v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 578.

(5) Elles sont plus qu'insuffisantes, lorsque le contrat se heurte à des prescriptions impératives inévitables du droit interne (v. *infra*).

(6) Sentence dite des *Cargaisons dérou-tées*, 10 juin 1955, *Rev. crit.*, 1956.278, note H. Batiffol.

(7) Sentence d'*Abu d'Habi*, 28 août 1951, *Int. Law Q.*, 1952.247. V. H. BATIFFOL, *Problèmes des contrats privés internationaux*, Cours I.H.E.I., 1961-62, p. 108 et 109.

Ainsi, malgré l'attraction considérable du contentieux contractuel vers les juridictions non étatiques, la notion d'une « loi » applicable au contrat n'est-elle nullement dépassée ; la détermination du *domaine* de celle-ci présente alors un intérêt certain.

3. — A première vue, le problème semble devoir être résolu, selon la méthode classique du droit international privé, par une opération de *qualification*. Feront ainsi partie du domaine de la loi du contrat, les matières qui reçoivent une qualification contractuelle, en seront exclues celles qui reçoivent une qualification différente.

Mais en réalité, l'opération n'est pas si simple. Les institutions juridiques ne se prêtent pas toujours aisément à une répartition élémentaire. C'est pourquoi la qualification en droit international privé implique déjà un choix parmi les composantes complexes d'une institution. Si cette remarque n'est pas spécifique aux contrats, elle a néanmoins une dimension particulière en cette matière. C'est qu'en effet le contrat, par la *multiplicité de ses aspects*, se trouve aux confins de la plupart des *catégories de rattachement* élaborées par le droit international privé.

Ce n'est pas cependant cette considération qui a alimenté le thème de l'*unité* ou du *morcellement* — ou dépeçage — du contrat et partant, du domaine plus ou moins étendu de la loi du contrat.

4. — En effet ici, plus encore que dans d'autres matières, le *domaine* de la règle de rattachement a paru intimement dépendant de la *teneur* de la règle.

Si pour des raisons pratiques d'exposition, la détermination de la « loi applicable » apparaît comme un préalable à la délimitation du « domaine » de celle-ci, il s'avère que ce sont les matières qui feraient partie de ce domaine qui font l'objet d'un rattachement : en réalité, l'unité du contrat sur le plan international est alors plus un résultat qu'un objectif prédéterminé à atteindre. Et c'est à cette méthode, effectivement, que les auteurs anciens avaient recours pour déterminer le régime des contrats sur le plan international. Or ceci les conduisait à ne pas avoir une vue d'ensemble de la matière et à méconnaître l'idée de l'existence d'« une » loi applicable au contrat. En particulier, si nous avons dit que le domaine de la règle de rattachement paraissait étroitement lié à la teneur de celle-ci, c'est précisément parce qu'il paraissait impossible à cette doctrine qu'un même traitement fût réservé sur le plan international aux *dispositions supplétives* et aux *dispositions impératives* du droit interne.

Ainsi, était mise en doute la possibilité que la règle de l'*autonomie de la volonté*, en germe depuis le xv^e siècle (1), joue pour les matières impératives du droit interne. C'est pourquoi le morcellement du

(1) V. sur les origines de l'autonomie de la volonté sur le plan international, H. BATIFFOL, *Problèmes des contrats privés internationaux*, Cours préc., p. 6 et s.

contrat, qui apparaît dans la doctrine ancienne et même dans la moins ancienne, vise moins à réduire le domaine de la loi du contrat qu'à mettre en doute le système de l'autonomie de la volonté en droit international privé.

5. — Mais il faut bien reconnaître que cette conception n'a pas eu d'échos dans la jurisprudence, du moins en France, et que celle-ci a affirmé (1) avec la plus grande netteté dès 1910 que « *la loi applicable aux contrats soit en ce qui concerne leur formation soit quant à leurs effets et conditions est celle que les parties ont adoptée* » (2). La généralité de la formule paraît alors impliquer la compétence de la loi du contrat pour toutes les matières qui relèvent du *domaine contractuel*, c'est-à-dire celles qui, par la prédominance de leur élément contractuel, reçoivent une qualification contractuelle, ce qui demande assurément à être vérifié.

6. — Cependant, curieusement, à mesure que s'affirmait la liberté des parties sur le plan international, celle-ci se trouvait réduite sur le plan interne, ce qui peut sembler paradoxal, bien que l'autonomie de la volonté n'ait pas le même sens en droit international privé et en droit interne. Or la limitation de l'autonomie des parties sur le plan interne ne résulte plus de dispositions impératives destinées à imposer une certaine moralité ou loyauté des contrats, tenant à la conception classique du contrat, mais de la pression d'*impératifs sociaux ou économiques* qui se traduit par l'intervention de l'Etat dans les relations privées individuelles.

A l'Etat libéral qui garantit le bien-être des individus se substitue l'Etat dirigiste qui leur impose un bien-être forcé par la prise en charge des intérêts généraux. Non seulement, cette nouvelle conception du rôle de l'Etat s'est traduite sur le plan interne par une hypertrophie de la notion d'« ordre public », également protéiforme, mais elle a considérablement modifié la *notion même de contrat*. Le contrat n'est plus au même degré la libre élaboration volontaire entre deux particuliers destinée à procurer une certaine satisfaction, même au besoin garantie par quelques principes impératifs, mais un instrument de réalisation d'une politique économique et sociale dont l'opportunité et la détermination échappent aux particuliers (3).

Si cette évolution marque « l'affaiblissement contractuel » du

(1) V. H. BATIFFOL, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *Festschrift Lewald*, Bâle, 1953, p. 219 et s.

(2) Civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co/Quebec Steamship Co*, S., 1911.1.129, note Lyon-Caen, *Clunet*, 1912.1156, *Rev. crit.*, 1911.395.

(3) V. notamment à cet égard, les remarques de M. SAVATIER, *Du Droit civil au Droit public*, 1950, 2^e éd., p. 65 et s., et d'une manière générale les ouvrages consacrés par cet auteur à la *Métamorphose du Droit privé*.

contrat, elle n'en consacre pas pour autant le « déclin » (1), mais elle a des incidences notables sur la règle de conflit relative aux contrats, sur le plan international.

7. — L'intervention d'impératifs socio-économiques dans le domaine contractuel est, en effet, de nature à remettre en question le *domaine de la règle* de conflit relative aux contrats, et non sa *teneur*, comme on aurait pu le supposer.

Ce n'est pas en effet par une modification du *procédé de détermination* de la loi applicable au contrat, que les difficultés résultant sur le plan international de l'intervention étatique dans les relations privées individuelles, peuvent être résolues. Sans doute, le système de la *localisation du contrat* (2) qui coexiste d'ailleurs en France avec celui de l'autonomie de la volonté, répond-il à un souci légitime de localisation adéquate des rapports juridiques (3). Mais la meilleure des localisations ne fait pas disparaître les interférences des lois qui auraient également une vocation naturelle à s'appliquer, ne serait-ce que partiellement à l'opération contractuelle. Sans doute, la difficulté n'est-elle pas de prime abord spécifique au contrat : elle est inhérente, d'une part, à la notion même de règle de conflit qui postule le choix d'une loi parmi celles qui auraient vocation à s'appliquer, elle est inhérente, d'autre part, aux rapports internationaux qui, par hypothèse dépassent le cadre d'une sphère juridique déterminée.

Mais en réalité, c'est la *nature même* des dispositions qui tiennent à l'intervention de l'Etat qui *se prête mal au seul rattachement de l'opération contractuelle à la loi du contrat*, que celle-ci soit déterminée par le choix exprès ou implicite des parties, ou par celui du juge en fonction des éléments objectifs de localisation du contrat.

(1) Il n'est pas en effet contestable que si la notion de contrat a évolué depuis le xix^e siècle, l'utilisation de la technique contractuelle est de plus en plus répandue. V. sur ces considérations l'étude de M. Michel VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel, Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1964.5 à 48. A cet égard, la notion d'« économie contractuelle » développée par M. Piettre (v. références dans l'article précité, p. 9, notes 3 et 4), paraît significative de l'évolution de la fonction du contrat.

(2) La référence à ce système de détermination de la loi applicable apparaît nettement dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1959 (*Rev. crit.*, 1959.708, note Batiffol). « ... à défaut de déclaration expresse (des parties)..., il appartient aux juges du fond de rechercher d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants ». — V. implicitement déjà, Cass., 24 avril 1952, *Franc CFA*, *Rev. crit.*, 1952.502, note Motulsky, S., 1952.1.185, note H. Batiffol.

(3) V. H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé », *Mélanges Mautry*, 1960, Paris, Dalloz et Sirey, T. I, p. 38 à 58. V. d'une manière générale, du même auteur, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, p. 232 et s.

8. — En effet, les solutions jurisprudentielles relatives à l'application des dispositions qui traduisent les objectifs sociaux ou économiques du législateur, français ou étranger, s'intègrent difficilement dans le schéma classique de la règle de conflit. Ce dérèglement apparent du mécanisme traditionnel, en particulier, par une utilisation répétée de la notion « d'ordre public », tantôt à des fins positives, tantôt à des fins négatives, permet de penser que le rattachement de l'opération contractuelle à la loi du contrat est insuffisant et que des *rattachements complémentaires* doivent être élaborés. La notion de *loi de police* ne serait-elle pas alors de nature à combler les insuffisances du rattachement de l'opération contractuelle à la loi du contrat ?

9. — C'est certes le point capital de cette recherche et si elle conduisait à des résultats positifs, on pourrait craindre que le domaine de la loi du contrat ne fût par voie de conséquence fortement entamé. La transformation de la notion interne de contrat se traduirait ainsi sur le plan international par une limitation, peut-être considérable, du domaine de la loi applicable au contrat, ce qui pourrait en atténuer la signification et le fondement. Mais il ne faudrait pas exagérer le phénomène car il n'est pas contestable que du point de vue du droit interne, la notion classique de contrat ne s'est pas totalement effacée, et que du point de vue du droit international privé, l'existence d'un principe de solution n'est pas négligeable. Or ce principe de solution ne peut être trouvé que dans la soumission du contrat à une loi unique qui assure la cohérence du régime des contrats internationaux, ce qui devrait être effectif pour les matières qui relèvent du domaine contractuel.

10. — Aussi convient-il d'orienter cette recherche d'une part vers une délimitation du domaine de la loi du contrat par rapport à la délimitation du domaine contractuel, et d'autre part vers une délimitation de cette même loi eu égard à l'intervention d'impératifs sociaux économiques dans le domaine contractuel. Ces deux thèmes de recherche seront développés dans deux parties :

Première partie. — **La loi du contrat et le domaine contractuel.**

Deuxième partie. — **L'intervention d'impératifs socio-économiques dans le domaine contractuel.**

PREMIÈRE PARTIE

**LA LOI DU CONTRAT
ET
LE DOMAINE CONTRACTUEL**

11. — Au regard de la conception classique du contrat, — c'est-à-dire un accord de volonté destiné à engendrer des effets —, il est peu contestable que les conditions que doit remplir cet accord pour produire des effets, comme la détermination des effets qui résultent de cet accord sont, au premier chef, des matières qui relèvent du domaine contractuel. A cet égard, le principe de la soumission du contrat international à une loi déterminée devrait se traduire par l'application de celle-ci, aussi bien à la formation qu'aux effets de ce contrat. Si la notion interne de contrat semble donc avoir pour conséquence logique un large domaine d'application de la loi du contrat sur le plan international, il faut reconnaître qu'il ne peut toujours en être ainsi malgré la formule générale utilisée par la Cour de cassation en 1910 (1).

12. — Une considération conduit naturellement à douter de la portée générale de cette formule. C'est qu'en effet le domaine propre du contrat se trouve lui-même à la limite des diverses catégories de rattachements admises en droit international privé. Ainsi existent-ils des *conflits de frontière* entre la loi du contrat, le statut personnel, le statut réel, le statut de la forme ou de la procédure... Si la délimitation qu'il est alors nécessaire de faire entre ces diverses lois est de nature à entamer l'unité du contrat sur le plan international, il n'est pas certain cependant qu'elle porte atteinte à la cohérence souhaitable du régime des contrats internationaux. La preuve en est que le plus souvent, lorsque la cohérence l'exige, la compétence de la loi du contrat est réintroduite malgré l'attribution de la matière à une autre catégorie de rattachement.

C'est le cas notamment en matière de forme depuis qu'a été consacré le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* au bénéfice de la loi du contrat, et qu'ainsi peut être évitée une distinction parfois artificielle entre la forme et le fond, distinction au demeurant délicate.

Ce sera le cas également en matière de preuve, du moins en ce qui concerne l'objet et la charge de la preuve dont les liens avec le fond du droit sont peu contestables. Pour les mêmes raisons, ce sera encore le cas en matière d'incapacités spéciales. A l'inverse le statut réel exercera une attraction sur le statut contractuel, du moins en matière immobilière, où il paraît peu concevable que la loi du contrat ne soit pas la *lex rei sitae*.

(1) V. *supra*, n° 5.

C'est pourquoi, il n'apparaît pas en définitive que ce soient les interférences des diverses catégories de rattachement dans le domaine contractuel, qui portent une atteinte substantielle à la cohérence du régime du contrat sur le plan international. Aussi écarterons-nous de notre propos les matières qui relèvent incontestablement d'une autre catégorie de rattachement telles notamment la capacité de contracter — du moins en droit français —, la forme ou la preuve des contrats, la création ou le transfert de droits réels.

13. — En revanche, il n'est pas contestable qu'à l'intérieur du domaine contractuel, il existe de multiples sources de morcellements du contrat sur le plan international. Il serait assez artificiel d'en donner ici une vue synthétique, car ces atteintes, plus ou moins effectives à l'unité du contrat, consacrées ou non par la jurisprudence, reposent sur des motifs essentiellement variables. Cependant il n'est pas inutile de dire que la recherche des solutions dépend en définitive de la prépondérance de deux objectifs apparemment peu conciliables du droit international privé : éviter, d'une part, le morcellement des institutions du droit interne afin de préserver leur unité logique, d'autre part, rechercher la loi la plus appropriée à régir un rapport juridique. Or il n'est pas douteux que « l'affinement » des catégories de rattachement auquel conduit ce dernier objectif porte atteinte à l'unité des institutions du droit interne. Si le second objectif nous paraît néanmoins préférable, ce n'est que dans la mesure où il ne porte pas atteinte à un autre principe essentiel du droit international privé : celui de la prévisibilité des solutions.

C'est en fonction de cette idée que sera faite la délimitation du domaine de la loi du contrat à l'intérieur du domaine contractuel, dans deux chapitres consacrés à la formation du contrat et aux effets du contrat.

Chapitre I. — La formation du contrat.

Chapitre II. — Les effets du contrat.

CHAPITRE PREMIER

LA FORMATION DU CONTRAT

14. — La formule employée par la Cour de cassation en 1910 (1), reprise d'ailleurs dans un certain nombre de décisions postérieures (2), semble impliquer une compétence générale de la loi du contrat relative aux éléments qui conditionnent la formation de celui-ci. C'est, en effet, la conséquence logique du principe de la soumission du contrat à une loi déterminée. Ceci demande, cependant, à être vérifié ou à être justifié, ne serait-ce que parce que les tribunaux n'ont pas toujours eu l'occasion de faire application de ce principe à tous les éléments de formation du contrat. S'il ne fait plus de doute depuis l'arrêt *Le Kid* (3) que les conditions de forme puissent relever de la loi du contrat, il n'en est pas de même des conditions de fond, requises pour qu'un contrat soit valablement formé, qu'il s'agisse des *conditions d'existence* ou de *licéité* de celui-ci. C'est ce qu'il conviendra de rechercher. Sans doute la distinction entre l'existence et la licéité du contrat est-elle généralement contestée en droit interne, et si nous l'adoptons, ce n'est pas en raison d'une éventuelle divergence des sanctions, mais parce qu'elle permet de mettre en relief le fait qu'il existe dans la réglementation relative aux contrats, des règles qui sont édictées en vue de donner à un ensemble d'éléments la qualité d'un contrat, et d'autres règles qui interviennent pour limiter la liberté des parties de déterminer l'économie de leurs relations contractuelles (4). Si dans l'immédiat une telle distinction semble sans portée réelle, puisqu'il s'agit de justifier la légitimité d'un principe général de solution, elle pourra néanmoins être utile ultérieurement (5). Aussi, la délimitation du

(1) Civ., 5 décembre 1910, S., 1911.1.129, note Lyon-Caen, *Clunet*, 1912.1156 ; *Rev. crit.*, 1911.395.

(2) V. notamment, Civ., 31 mai 1932, D.P., 1933.1.169, note Crémieux ; S., 1933.1.17, note Niboyet ; *Clunet*, 1933.347, *Rev. crit.*, 1934.909 ; Req., 2 novembre 1937, S., 1938.1.30 ; Civ., 6 juillet 1959, *Rev. crit.*, 1959.708, note Batiffol.

(3) Civ., 28 mai 1963, D., 1963.677, J.C.P., 1963.II.13347, note Malaurie ; *Clunet*, 1963.1004, note B. Goldman ; *Rev. crit.*, 1964.513, note Loussouarn.

(4) Cette distinction, bien qu'elle comporte comme toute systématisation sa part d'inexactitude, correspond au domaine respectif des articles 1108 et 6 du Code civil français.

(5) V. *infra*, la seconde partie de ce travail, nos 175 et s.

domaine de la loi du contrat quant aux matières dont dépend la formation du contrat sera-t-elle précisée dans les deux sections suivantes :

Section I. — L'existence du contrat.

Section II. — La licéité du contrat.

SECTION I

L'EXISTENCE DU CONTRAT

15. — Les éléments essentiels d'existence du contrat, qui relèvent sans aucun doute du domaine contractuel, doivent être à ce titre soumis à la loi applicable au contrat dans son ensemble. Il paraît, en effet, peu concevable *a priori*, que l'élément volontaire, c'est-à-dire le consentement des contractants, fondement même du contrat, ou la nécessité d'une cause et d'un objet dépende d'une loi différente sous peine d'atténuer la portée du principe de la soumission de la formation du contrat à la loi applicable à ce contrat. L'application de ce principe soulève néanmoins quelques difficultés, aussi bien en matière de consentement (§ 1) qu'en matière de cause et d'objet du contrat (§ 2).

§ 1. — Le consentement des parties

16. — Si l'exigence même d'une volonté commune, et donc du consentement des parties au contrat (1) est un trait commun à tous les systèmes juridiques qui ne présente guère de difficultés sur le plan international, il n'est pas de même des modalités de l'échange de ces consentements ou des qualités qu'ils doivent avoir pour être valables. Particulièrement, en effet, dans l'hypothèse des *contrats conclus par correspondance* (A), il importe de savoir s'ils ont été effectivement conclus, ce qui dépend de la valeur reconnue au silence du destinataire de l'offre faite par le pollicitant ; or sur ce

(1) Remarquons que lorsque le consentement doit émaner d'un *tiers*, il s'agit en réalité d'une *règle de capacité*, telle par exemple la nécessité du consentement des parents pour le contrat de mariage d'un mineur. V. Paris, 1^{er} juillet 1959, J.C.P., 1959.II.11214, note Combaldieu ; cf. BELLET, J.C.P., 1956.II.9688, note ss. Seine, 17 octobre 1956 (*Patino*).

point, les solutions des droits internes divergent sensiblement (1). S'il n'y a pas ici de raisons majeures de retenir la compétence de la loi du contrat, il en va différemment en matière de *vices du consentement* (B). Sans doute, existe-t-il souvent peu de différences entre les divers systèmes juridiques, lesquels poursuivent des objectifs semblables, mais la compétence de la loi du contrat s'impose malgré les objections qui ont pu être faites à son encontre. Ces deux points retiendront notre attention successivement.

A. — CONTRATS INTERNATIONAUX PAR CORRESPONDANCE (2).

17. — Prenons l'exemple d'une offre de contrat envoyée d'Allemagne à une firme luxembourgeoise. Cette dernière ne répond pas à cette offre. La loi allemande répute le contrat conclu alors que le droit luxembourgeois ne donne effet, comme le droit français, qu'au silence circonstancié. En vertu de quelle loi convient-il de décider si le contrat a été effectivement conclu ou non ?

On est tenté *a priori* de trouver la réponse dans le système juridique applicable au contrat, applicable à la formation du contrat selon le principe général énoncé dans la jurisprudence française. Les tribunaux français ne se sont guère prononcés sur ce problème particulier, mais la solution a été retenue à l'étranger (3), notamment

(1) En droit français notamment le contrat n'est pas conclu en principe tant que les deux contractants n'ont pas exprimé leur accord ; il n'y a pas de contrat si le destinataire de l'offre a gardé le silence sur la proposition du pollicitant, à moins qu'il n'ait été en relation d'affaires avec lui (v. J. L. AUBERT, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation*, Paris, 1970, nos 321-324 et nos 372-376). En Allemagne, au contraire, le contrat est formé lorsque le destinataire a gardé le silence à la suite de pourparlers verbaux (cf. MEZGER, « Du consentement en matière d'*electio juris* et de clause compromissoire », *Rev. crit.*, 1971.37 et s. et les références citées, également relativement au droit autrichien, *op. cit.*, p. 42, note 1). Cf. d'une manière générale sur la formation des contrats, SCHLESINGER, *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, 1968, New York, Londres Oceana Stevens, 1728 p.

(2) V. notamment, OTTOLENGHI, « I contratti fra assenti nel diritto internazionale privato », *Scritti di diritto internazionale*, Turin, 1860, vol. I.136 ; SURVILLE « Du contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux », *Clunet*, 1891.361 ; J. DE VISSCHER, « Du moment et du lieu de formation des contrats par correspondance en droit international privé », *Rev. dr. int. et lég. comp.*, 1938, t. XIX, p. 88. ZWIEGERT, « Zum Abschlussort Schuldrechtliche Distanzverträge » *Mélanges Rabel*, T. I.61 ; M. FERID, *Zum Abschluss von Auslandsverträgen — Eine international privatrechtliche Untersuchung der vorkonsumsualin Vertragselemente* (Sur la conclusion des contrats étrangers — Recherche en droit international privé des éléments préconsensuels du contrat). Econverlag G.M.B.H., Düsseldorf, 1954, 43 p., KEGEL, *Einführungsgesetz*, 1970, note 196-201, p. 92-94.

(3) V. également, à part la décision citée au texte, *Albeko Schuhmaschinen A G/the Kamborian Shoe Machines Co Ltd* (1961) 111, L. J., 519, *Clunet*, 1965.458, obs. LIPSTEIN, O.L.G. Munich, 1954, I.P. Rsp., 1955.57.

par un arrêt du Tribunal fédéral suisse du 26 novembre 1959 (1), en ces termes : « la question de savoir si un contrat a été conclu doit s'apprécier selon une jurisprudence constante, d'après le statut unique auquel est soumis un rapport juridique du genre en question, considéré comme un tout » (2).

Mais on éprouve quelque réticence à admettre qu'il soit nécessaire de rechercher la loi applicable au contrat pour déclarer ensuite, qu'en vertu de cette loi *il n'y a pas de contrat*. Et, ici, l'objection est plus décisive que celle qui consiste à mettre en doute la possibilité d'annuler un contrat en vertu de la loi expressément choisie par les parties. En effet, si dans ce cas, on oppose que les parties n'ont pas voulu conclure un contrat nul (3), il n'en est pas de même lorsque, précisément, la volonté de contracter est hypothétique chez l'une des parties. C'est pourquoi, même si la loi applicable au « contrat » est désignée dans l'offre du pollicitant, il paraît peu opportun que l'engagement du destinataire de l'offre en dépende. Ou alors ce serait imposer au destinataire de l'offre, l'obligation de consulter la loi proposée par l'offrant, pour que, son silence ne vaille pas acceptation (4) ! Cela ne paraît guère raisonnable et malgré le désir légitime d'assurer au contrat un régime unique, il est préférable d'écarter ici la compétence de la loi du contrat (5).

18. — Faut-il alors adopter une solution semblable à celle qui peut être admise lorsqu'il s'agit, non pas de savoir si le contrat a été ou non conclu, mais de déterminer le *moment de la conclusion du contrat*, c'est-à-dire le moment où l'échange des consentements se réalise. En effet, même s'il ne s'agit plus alors de savoir si le destinataire de l'offre est engagé par son silence, mais de savoir si le contrat est conclu au moment où il donne son acceptation (6), ou

(1) Trib. féd. suisse, 26 nov. 1959, *Von Boschan/Blanckart et Cie*, A.T.F., 85.II. 452, J.D.T., 1960.168, *Clunet*, 1961.226.

(2) Notons que dans l'espèce, l'acceptation du destinataire de l'offre n'était pas en cause, alors que le défendeur soutenait qu'il n'avait fait aucune offre.

(3) On sait en effet que Savigny hésitait à admettre la compétence de la loi choisie par les parties lorsqu'elle avait pour effet d'annuler le contrat (v. *Droit Romain*, t. VIII, trad. Guénoux, 1851, p. 273). Mais il faut reconnaître que dans l'ensemble, malgré quelques hésitations, la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection ; v. spécialement Civ., 28 juin 1966, *Rev. crit.*, 1967.334, note Batiffol, annulant la vente d'un fonds de commerce par application de la loi du contrat ; cf. BATIFFOL, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° Contrats et Conventions, nos 41 et s.

(4) V. sur ces considérations H. BATIFFOL, *Problème des contrats privés internationaux*, Cours I.H.E.I. 1961-62, t. II, p. 162.

(5) Dans ce sens également Ferid, ouvrage précité. Il faut cependant remarquer que dans certains textes étrangers, il existe des dispositions expresses sur la *loi applicable au contrat entre absents*, ce qui laisse supposer que cette loi est compétente pour déterminer si le contrat a été conclu ou non (v. notamment l'art. 13, al. 4 du nouveau projet Benelux, *Rev. crit.*, 1968.812).

(6) Malgré les hésitations de la jurisprudence française, il semble bien que le système de l'émission soit actuellement retenu en France. V. MARTY-RAYNAUD, T. II, vol. 1, *Les obligations*, 1962, Sirey, n° 110.

seulement au moment où le pollicitant en a connaissance (1), c'est encore la formation du contrat qui est en jeu.

La compétence de la loi du contrat ne peut être retenue ici encore qu'avec une certaine réticence, d'autant plus que le moment de la formation du contrat, lié dans tous les systèmes à la détermination du lieu de conclusion, devient alors un élément de rattachement du contrat (2). Diverses solutions — au demeurant peu satisfaisantes — ont été proposées, telles notamment l'application de la loi du domicile, la loi nationale de l'offrant (3), la loi nationale commune (4), celle du domicile « commun » des parties (5), ou encore l'application cumulative de ces lois lorsqu'elles ne sont pas identiques (6). En définitive, il semble bien que la meilleure solution, ou plutôt la moins mauvaise, soit de retenir la compétence de la *lex fori* (7), ce qui a d'ailleurs été admis par quelques décisions en France et à l'étranger (8). La solution est en effet acceptable si l'on considère la détermination du lieu de conclusion du contrat comme un problème de qualification (9).

(1) C'est le système admis notamment en Italie (art. 1326, C. Civ., it.), en Belgique (v. Com. Bruxelles, 17 déc. 1936, *Clunet*, 1938.359), en U.R.S.S. (art. 134 C. civ., R.S.F.S.R.).

(2) Un arrêt de la Cour fédérale de la République fédérale d'Allemagne du 14 février 1958 (*Rev. crit.*, 1958.542, note Mezger) illustre de manière très particulière cette remarque. Faute d'avoir pu déceler l'intention, même hypothétique, des parties sur la loi applicable au contrat, la Cour admet conformément au droit international privé allemand que chaque obligation sera soumise à la loi du lieu de son exécution. La Cour admet ensuite le *renvoi* par la loi italienne ainsi désignée pour les obligations de l'acheteur, à la loi du lieu de conclusion. Estimant que ce dernier devait être déterminé par le droit italien, c'est en définitive la *loi interne allemande qui sera appliquée*. En droit italien, en effet, le lieu de conclusion du contrat est le lieu où l'acceptation est reçue, or celle-ci avait été reçue en Allemagne. — Sur la détermination du lieu de conclusion pour établir la *compétence judiciaire* et non plus la compétence législative, v. Ph. FRANCESCAKIS, *Rev. crit.*, 1959.299, note sous Colmar, 27 mars 1957.

(3) Système retenu en U.R.S.S.

(4) ROLIN, *Principes*, T. I, n° 347.

(5) VON BAR, T. II, n° 270.

(6) En faveur de l'application cumulative des lois nationales, v. BARTIN, *Principes*, t. 2, 1932, Par. 260.114. Pour l'application cumulative de la loi du pays d'où l'offre est partie et celle d'où l'acceptation est partie, v. VAREILLES SOMMIÈRES, *La synthèse*, t. 1, n° 395 ; DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé*, p. 48, note 1 ; POULET, *Manuel*, n° 310.

(7) V. dans ce sens H. BATIFFOL, *Contrats*, n° 399 (l'auteur admet cependant la compétence de la loi du contrat, lorsque le lieu de conclusion est déterminé en vue d'établir la compétence judiciaire. *Contra*, FRANCESCAKIS, *Rev. crit.* 1957.311 ; ARMINJON, T. II, n° 122, p. 335 ; LEWALD, *Rec. Cours La Haye*, 1936, T. III, p. 235.

(8) Seine, 26 juillet 1934, *Rev. crit.*, 1935.2.12, note Sallé de la Marnière, Rome 5 oct. 1951, *Foro italiano*, 1952.1.386, note Morelli, *Rev. crit.*, 1953.128, note de Nova, Trib. Rotterdam, 29 oct. 1947, *Clunet*, 1950.928 ; Courts of appeal, 17 mai 1955 (1955), 2 QB. 327 (1955) 3 WLR 48, *Clunet*, 1961.1173, obs. Lipstein. La solution a été également admise aux U.S.A., dans le *Second Restatement* (art. 311).

(9) Contre cette idée, v. P. BOUREL, *Rev. crit.*, 1960.193, spec., p. 200 et 201, note sous Paris, 1^{er} juillet 1953 (*Patino*). Il faut cependant remarquer, qu'il est

19. — Mais peut-on encore retenir cette solution — c'est-à-dire la compétence de la *lex fori* — lorsqu'il s'agit de savoir si le silence du destinataire de l'offre, a pour effet de l'engager. Il paraît douteux qu'il s'agisse là d'une question de qualification. De plus, il est assez gênant d'admettre que le problème fondamental de l'existence du contrat puisse dépendre des hasards de la compétence judiciaire, et qu'en outre, la solution reste indéterminée jusqu'au moment où un tribunal se trouve saisi du litige. Une solution plus conforme aux exigences du commerce international peut ici être retenue : *le destinataire de l'offre ne serait lié par son silence que lorsque la loi du pays où il exerce son activité accorde une telle valeur au silence* (1), à moins que les parties ne soient déjà liées par des *relations d'affaires* (2).

20. — C'est en effet la situation du destinataire de l'offre qu'il convient de garantir. Sans doute le pollicitant risque-t-il de rester dans l'incertitude s'il n'a pas reçu de réponse ; mais il serait beaucoup plus grave que le destinataire fût lié alors que, dans l'exercice de son commerce intérieur, une semblable attitude ne le lierait point. Au contraire, il n'y a pas d'inconvénient majeur à admettre que le pollicitant soit lié, bien que la loi en vigueur dans le pays où il est établi n'attribue aucune valeur au silence du destinataire de l'offre, puisque par son offre, ce pollicitant a manifesté son intention de contracter. Les exigences de la vie commerciale internationale conduisent donc à écarter la loi du contrat, lorsque le contrat est conclu par correspondance ; mais celle-ci retrouve une compétence légitime lorsqu'il s'agit non plus de la rencontre des consentements des parties, mais de la qualité que doivent présenter ces consentements pour être valablement exprimés.

nécessaire de trouver une solution ; aussi, même si l'on est peu convaincu qu'il s'agisse là d'un problème de qualification, la vocation subsidiaire de la *lex fori* pourrait justifier sa prise en considération.

(1) Dans ce sens H. BATIFFOL, Cours I.H.E.I. 1961-62, *op. cit.* p. 161. C'est en quelque sorte l'une des solutions admises par le Code civil portugais de 1966 (*Rev. crit.*, 1968.369). En vertu de l'article 35, al. 3 « La valeur du silence en tant que moyen déclaratoire de volonté est déterminée par la loi de la résidence habituelle commune et, à son défaut, par la loi du lieu où l'offre a été reçue ». Cette solution semble également avoir été adoptée par un arrêt de la Cour fédérale de la République fédérale d'Allemagne du 25 mai 1970 (*Rev. crit.*, 1971.88) qui applique la loi allemande du domicile de la partie silencieuse, et en particulier, la jurisprudence allemande donnant force obligatoire à la « lettre de confirmation » (*Bestätigungsschreiben*) restée sans réponse immédiate. Le fondement de la compétence de la loi allemande est cependant quelque peu équivoque (Cf. la chronique MEZGER, citée *supra* note 1 p. 13, *op. cit.*, 42 et s. et la jurisprudence allemande antérieure).

(2) Il semble en effet que l'on puisse admettre la transposition sur le plan international de cette règle du droit français, particulièrement adaptée aux exigences de la vie commerciale.

B. — VICES DU CONSENTEMENT.

21. — L'exigence d'un consentement exempt de vices est une condition essentielle de la formation des contrats dans les divers systèmes juridiques (1). De toute évidence, la détermination des vices susceptibles d'affecter la validité du contrat relève du statut contractuel (2). Cependant, sans que la qualification contractuelle fut déniée aux vices du consentement, de nombreuses objections à la compétence de la loi du contrat ont été invoquées par la doctrine (3).

La compétence de la loi du contrat serait, dans une première conception, inapte à assurer la protection des contractants, que ces règles ont en vue en droit interne, l'application de la *loi personnelle* des contractants étant seule en mesure de respecter le fondement des dispositions relatives aux vices du consentement. Une seconde objection, plus pertinente *a priori*, oppose le cercle vicieux qui apparaît lorsqu'on veut apprécier la validité du consentement des contractants en fonction de la loi choisie en vertu de ce même consentement. Une dernière objection que l'on peut rapprocher de la précédente, et on a tenté d'y remédier de la même manière par l'application de la *lex loci contractus*, oppose le caractère impératif des règles relatives aux vices du consentement à la nécessité de limiter l'autonomie des parties aux seules matières supplétives du droit interne.

(1) Il existe sans doute des différences entre ceux-ci, mais on peut noter le recoupement de certaines notions, telles celles de *dol*, d'*indue influence* en droit anglais ou de *fraud* en droit américain. De même la notion de *duress* en droit anglo-saxon se rapproche-t-elle de celle de violence en droit français (v. TREILHARD, « La violence vice du consentement en droit comparé », *Mélanges Laborde-Lacoste*, 1964), de même pour les notions d'erreur, de *mistake* ou de *misrepresentation*. — Cf. en général, SCHLESINGER, *Formation of Contracts. A Study of Common Core of Legal Systems*, 1968, Oceana Stevens, New York-Londres, 1728 p.

(2) Une qualification délictuelle ne saurait, en effet, être retenue même lorsque le vice du consentement résulte de circonstances extérieures à la volonté du contractant ou si les éléments constitutifs d'un délit sont réunis. Cette qualification est contraire à la notion française de vice du consentement, et aucun particularisme de la vie internationale ne nécessite ici une déformation des notions de droit interne sur le plan international, (V. cependant fondé sur cette idée, l'arrêt du R.G. 10 janv. 1903, *Z. Für internationale Recht*, 13.173, cité par H. BATIFFOL, *Contrats*, p. 342 note 6).

(3) La majorité de la doctrine, tant en France qu'à l'étranger, se prononce cependant, en faveur de l'application de la loi applicable au contrat. V. notamment, FOELIX, T. I. 256 ; JARASSE, *De la substance des obligations*, p. 104 ; PERROUD, *Clunet*, 1933.294 ; BATIFFOL-LAGARDE, *Traité* n° 596 ; LOUSSOUARN, *Précis*, n° 476 ; VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, 1956, T. II, p. 150 et 151 ; DICEY's by MORRIS, *Conflict of Laws*, 7^e éd. 1958, règle 150.756 ; WOLFF, *Private international law*, p. 440 n° 422. La compétence de la loi du contrat a été également retenue aux Etats-Unis dans le Second Restatement (art. 334 b).

22. — Pour être anciennes, ces objections doctrinales méritent néanmoins réflexion dans la mesure où la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur l'application de la loi contractuelle aux vices du consentement, si ce n'est *indirectement* ou *négativement*. Les arrêts qui posent le principe général de la soumission de la formation du contrat à la loi applicable au contrat paraissent, en effet, impliquer l'application de ce principe aux vices du consentement susceptibles de l'affecter (1), ce qu'exprime (2) d'ailleurs, un arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1957 (3). Il s'agissait en l'espèce de savoir si, la donation consentie par une Italienne, sous l'effet d'une « grave dépression nerveuse », pouvait être annulée pour vice de consentement. Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel, qui avait appliqué la loi personnelle de la donatrice, fut rejeté par la Cour de cassation, au motif que « ... l'insanité d'esprit et la démence constituent en réalité des cas d'incapacité naturelle soumis à la loi personnelle et non à la loi régissant les actes juridiques incriminés comme les vices du consentement » (4).

Peut-on, dès lors, admettre que ce principe négatif est l'expression d'une *règle positive* (5) donnant compétence à la loi du contrat pour apprécier la validité des consentements des parties (6) ? La réponse ne saurait être affirmative, qu'une fois réfutées les objections doctrinales précédemment exposées.

(1) V. pour l'application de la loi du contrat (loi suisse) en matière de *dol* par réticence dans l'*exécution* d'un contrat d'assurance, et non pas dans la formation même du contrat, Civ., 26 février 1958, *Cie d'Assurances Winterthur/Epoux Vandel*, Bull. civ., I, n° 118 p. 91.

(2) La solution résultait déjà, implicitement, de l'arrêt de la Chambre des Requêtes, 26 déc. 1934, *Clunet*, 1936.166, qui opposait également la notion de vice du consentement à celle d'incapacité naturelle.

(3) Civ., 25 juin 1957, *Epoux Ben Hassen.../Epoux Silvia*, Rev. crit., 1957.680, note H. Batiffol.

(4) Rev. crit. 1957.681.

(5) Remarquons que la compétence de la loi du contrat a été retenue par la Convention de La Haye relative aux conflits de lois en matière de vente d'objets mobiliers et corporels.

(6) On pourrait penser que la Cour de cassation s'est prononcée de façon plus positive dans son arrêt du 13 janvier 1963, *Chastellas/dame veuve Brun*, D., 1963.241, note Holleaux, Rev. crit., 1963.547, note Bourel, *Clunet*, 1963.1048, note Level. La Cour retient, en effet la compétence de la loi du fond en matière de vice du consentement (erreur). Mais, en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un contrat mais de la *renonciation unilatérale* à une action en responsabilité délictuelle, faite par la victime d'un accident survenu en Espagne, devant un tribunal espagnol. La Cour retient, pour en apprécier la validité, la compétence de la *lex loci delicti*. Sans doute, la solution pourrait-elle s'expliquer par la tendance de la jurisprudence à étendre la compétence de cette loi aux conventions relatives au règlement d'une question de responsabilité délictuelle (v. note Holleaux, préc.) mais ici il s'agissait d'une déclaration unilatérale. N'est-il pas alors curieux d'appliquer, en vertu d'une qualification délictuelle, une règle de statut contractuel du Code civil espagnol (art. 1265), (v. sur ce point les critiques de M. BOUREL, Rev. crit., 1963.557 et s.),

1. *Objection tirée du fondement des règles relatives aux vices du consentement en droit interne*

24. — a) De nombreux auteurs (1), anciens en général (2) ont soutenu que la nullité d'un contrat pour vice du consentement de l'un des contractants, devait relever de la *loi personnelle* de celui-ci, la loi personnelle étant par nature destinée à assurer la protection de la personne. Les règles relatives aux vices du consentement seraient, disaient-ils en effet, de même essence que les règles relatives aux incapacités, dont elles assurent la relève, une fois disparue, la « présomption légale d'insuffisance de consentement que constitue l'incapacité » (3). « Ce sont, écrivait Aubry (4), des règles de tutelle individuelle qui ont pour but de protéger les contractants contre eux-mêmes, contre les suggestions diverses auxquelles la faiblesse de leur caractère ou de leur esprit peut les livrer ». L'évidence de ce rapprochement serait confortée par l'identité de sanctions en droit français des règles relatives aux incapacités et aux vices du consentement (5). Or cette protection de l'individu contre l'insuffisance ou la défaillance de sa volonté, seul le législateur national, serait apte à l'assurer en fonction du tempérament et des besoins de ses ressortissants (6).

25. — Outre le fait que cette conception est largement dépassée de nos jours si l'on considère la défaveur que connaît actuellement la loi personnelle (7), elle appelle la critique d'une part, par l'analyse qui est faite des dispositions relatives aux vices du consentement et d'autre part, par le fondement qui est attribué à l'existence du statut personnel.

En effet bien que donné par une personne, le consentement est donné en vue de former un contrat. Les dispositions relatives aux vices de consentement visent à obtenir des « contrats corrects quels

(1) E. AUDINET, *Principes de droit international privé*, n° 387-389 ; *Mélanges Pillet*, t. I, p. 78-79 ; note S., 1931.2.145 ; J. AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *Clunet*, 1896.471 ; BARTIN, *Principes de droit international*, T. I, 1930.175 et s. ; T. II, 1932, p. 29 et 60 ; CRÉMIEUX, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1956.172 ; note D., 1933.1.169 ; DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, 5^e éd., par de Boeck, p. 904, n° 304 ; FRANKSTEIN, T. I, p. 572, LAURENT, *Droit civil international*, t. VIII, n° 158.

(2) Si ce terme n'est aucunement péjoratif, il indique combien la doctrine à une certaine époque répugnait à admettre qu'une personne soit soumise à une loi différente de sa loi nationale.

(3) BARTIN, *Principes*, T. I, p. 177 et s., T. II, p. 29 et s.

(4) AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *Clunet*, 1896.464 et s., spéc. 473.

(5) CRÉMIEUX, note sous Civ., 31 mai 1932, D.P., 1933.1.169, spéc. 170.

(6) On retrouve ici les idées lancées par Mancini au siècle dernier (v. sur ce point, BATIFFOL, *Contrats*, p. 336, n° 381).

(7) Il s'agit bien évidemment ici de la loi nationale et non celle du domicile de la personne.

que soient l'âge ou la situation de ceux qui les passent » (1), ce qui diffère profondément des règles de capacité (2). Aussi la compétence de la loi personnelle doit-elle être limitée aux matières qui concernent strictement la personne (3). Si elle n'est donc pas justifiée lorsqu'il s'agit de savoir si le consentement d'un des contractants a été vicié, elle ne le serait pas davantage par le fondement qui est attribué par ces auteurs à l'existence du statut personnel rattachée à la loi nationale. Celui-ci ne répond pas en effet à l'idée de protection de la personne mais à celle de *permanence* de l'état de la personne (4). Or, la permanence du statut de la personne n'est pas en cause en l'occurrence, il s'agit simplement de savoir si un acte déterminé de l'individu se trouve entaché d'un vice susceptible d'affecter sa validité.

26. — La nullité pour vice du consentement correspond à une certaine conception des relations contractuelles et de la loyauté qui doit présider à ces relations ; c'est pourquoi la loi contractuelle (5), déterminée en principe en fonction de la localisation du contrat dans un milieu économique donné, a une compétence naturelle à régir la matière. Si l'idée de protection des contractants, incontestable en droit interne, doit parfois être retenue, ce ne sera qu'exceptionnellement, pour écarter au nom de l'ordre public la loi du contrat normalement compétente (6), lorsque celle-ci heurte trop gravement les conceptions du for relatives à la protection du consentement.

27. — b) L'exception d'ordre public international paraît effectivement avoir été soulevée, tant en France qu'à l'étranger, lorsque

(1) BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 596 (v. également, BATIFFOL, *Contrats*, n° 383, p. 338). Cf. dans le même sens, DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé*, p. 357 (mais celui-ci préconise cependant l'application de la loi du lieu de conclusion) ; PERROUD, *Clunet*, 1933.294 ; VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, 1956, p. 151.

(2) La différence des solutions, relatives à l'opposabilité des exceptions au porteur de bonne foi d'une lettre de change, en matière d'incapacité et de vices du consentement est notamment un signe de cette opposition.

(3) V. déjà pour cette conception, les idées de d'Argentré (*in* Batiffol, *La capacité civile des étrangers en France*, thèse, Paris, 1929, p. 31) et celles de Boullenois (*Personnalité et réalité des lois*, 1766, T. I, p. 472) qui limitait le statut personnel aux matières relatives à la condition de la personne.

(4) La critique vaut d'ailleurs, que la loi personnelle soit la loi nationale ou la loi du domicile. V. sur ce point BATIFFOL, *Contrats*, n° 381, p. 336 et *Rev. crit.*, 1957.680, note sous Civ., 25 juin 1957.

(5) V. au contraire, sur la base du même principe, les auteurs qui proposent l'application de la loi du domicile aux vices du consentement, PILLET, T. II, p. 289, n° 537 ; LEWALD, *Das Deutsche Internationale Privatrecht*, 1932, p. 239, n° 296.

(6) V. cependant, le procédé différent employé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 25 juin 1957, *Rev. crit.*, 1957.690, note H. Batiffol : la qualification de vice du consentement est écartée au profit de la qualification d'incapacité naturelle, par suite rattachée à la loi personnelle.

la liberté du consentement n'était pas suffisamment assurée par la loi compétente (1).

On peut en effet interpréter en ce sens les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 1913 (2), selon lequel « s'il est loisible aux Français, traitant avec des étrangers, de se soumettre à l'application de la loi du pays où le contrat a été passé, les tribunaux français ne peuvent donner effet à la convention ainsi conclue qu'autant qu'elle a été librement consentie et qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public ». L'allusion faite à l'ordre public ne répond certes pas au premier moyen invoqué au pourvoi, relatif à la nullité du contrat pour erreur et dol, mais au second moyen fondé sur la violation de l'ordre public interne par le contrat qui constituait une entente concertée dans le but de provoquer la hausse factice des prix ; mais il semble bien que la Cour ait, par le motif précédent, estimé que les principes du droit français en matière de protection du consentement, s'imposaient au nom de l'ordre public français, même lorsque le contrat est soumis à une loi étrangère (3).

28. — C'est un raisonnement semblable que paraît avoir tenu le King's Bench Division, dans l'affaire *Kaufman/Gerson* (4). La défenderesse, Mme Gerson, avait promis au demandeur, de rembourser une dette de son mari, s'il n'engageait pas de poursuites pénales contre celui-ci, lequel s'était approprié des fonds que Kaufman lui avait confiés en vue de l'achat de peausseries. Le demandeur réclamait à Mme Gerson, installée depuis en Angleterre, le reliquat des sommes promises ; celle-ci contesta alors la validité de sa promesse obtenue par contrainte (*duress*) (5). Le juge Collins admit que, bien que la convention, effectivement obtenue par la contrainte (6), fût

(1) Cette remarque ne résulte évidemment que d'une interprétation, puisque nous l'avons dit, la jurisprudence française n'a jamais appliqué la loi du contrat aux vices du consentement entachant la formation d'un contrat.

(2) Civ., 8 janvier 1913, *Legembre et fils/Butke, Delacroix et autres*, S., 1913, 243.

(3) Il faut cependant remarquer que la Cour de cassation ne censure pas l'arrêt de la Cour d'appel d'Alger sur ce motif, mais parce que la Cour d'appel ne s'était pas, avant de se déclarer incompétente, prononcée sur la validité de la clause compromissoire insérée dans le contrat, et donc sur la validité du contrat lui-même (v. au contraire, *infra*, n° 68, l'autonomie de la clause compromissoire consacrée en 1963 par l'arrêt *Gosset*).

(4) *Kaufman/Gerson* K.B.D., 9 mai 1903, *Clunet*, 1905.1063. V. également, *Société des Hôtels Réunis, société anonyme/Hawker* (1913). 29, T.L.R. 578 ; *Hope/Hope* (1857) De G.M. and G. 731.

(5) La défenderesse invoquait également la nullité de la convention au motif qu'elle avait pour objet d'arrêter des poursuites criminelles. Cette circonstance n'entraînant pas la nullité de la convention en droit français compétent, le juge rejeta cet argument.

(6) On peut remarquer que l'existence même d'un vice du consentement est retenue en vertu de la *lex fori* et que, seules les conséquences de ce vice sont recherchées dans la loi du contrat.

valable selon la loi française applicable au contrat, les tribunaux anglais ne pouvaient en ordonner l'exécution, en vertu du principe selon lequel le demandeur « *must come into courts with clean hands* » (1). Sans doute l'expression de *public policy* n'est-elle pas ici employée, mais il s'agit d'une réaction équivalente des conceptions du for contre la loi compétente dont la notion de vice du consentement est plus étroite (2).

Si la nécessité de protéger le consentement des contractants a été dans une certaine mesure reconnue par les tribunaux, l'objection formulée par les tenants de la loi personnelle, n'a trouvé aucun écho devant ces mêmes tribunaux quant au principe de la loi compétente en matière de vices du consentement. Le fondement des règles relatives aux vices du consentement n'est pas en effet de nature à le soustraire à l'emprise de la loi contractuelle. La seconde objection, bien que plus sérieuse en apparence, n'est pas non plus irréductible.

2. Objection tirée de l'existence d'un cercle vicieux

29. — Selon certains auteurs, l'appréciation de la validité du consentement selon la loi du contrat se heurterait à l'existence d'un cercle vicieux (3). Pour ces auteurs, en effet, que la loi du contrat soit choisie expressément ou même implicitement par les parties, ou qu'elle soit déterminée en fonction de la localisation du contrat, la volonté des parties intervient de la même manière : si le consentement est atteint d'un vice, il l'est donc également quant au choix de la loi. Comment, dès lors annuler un contrat, par application d'une loi qui n'a plus aucun support juridique ? (4) Pour remédier à ce cercle vicieux, certains de ces auteurs suggéraient de considérer

(1) V. les critiques de la doctrine à l'égard de cette décision dans BEALE, T. III, p. 1647, par. 6, 2-1, GOODRICH, 1949, 3^e éd., p. 307, note 9, RABEL, T. II, 2^e éd., 1960, p. 527-528.

(2) V. dans le même sens en Allemagne, l'arrêt du R.G. 30 oct. 1926, *Rev. crit.*, 1928.523, qui écarte au nom de l'ordre public, la loi turque applicable au contrat, le principe de « la protection de la liberté de la volonté » étant un principe fondamental du droit allemand (*Rev. crit.*, 1928, p. 525). V. également aux Etats-Unis, *Fidelity Mutual Life Ins. Co/Miazza* (1908) 33 Miss. 18 à 36 et 422 à 435, et, *In John Hancock Mutual Life Ins. Co/Yales* (1935) 50 Ga.App. 713, 179 SE. 239.

(3) VON BAR, *Théorie und Praxis des internationalen Privatrecht*, 1889, T. II, p. 4 ; PILLET, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1894.417 ; ARMINJON, *Précis*, T. II, p. 253 et s. ; AUDINET, *Principes élémentaires de droit international privé*, p. 288 et note au S., 1931.2.145 ; ROLIN, *Principes de droit international privé*, T. I, n° 291 ; BARTIN, *Principes*, T. II, n° 242, p. 61 et s. ; CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse, Strasbourg, 1927.

(4) J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française depuis le début du XX^e siècle*, thèse, 1938, p. 253, note 2, contestait qu'il y eût véritablement un cercle vicieux : « ce cercle, fût-il vicieux, ne peut se composer que de deux demi-cercles situés sur des plans différents ». Aussi proposait-il que le juge prit pour hypothèse que le contrat était valable, et ensuite, vérifiât cette hypothèse par l'application de la loi du contrat.

la détermination des vices du consentement comme un problème de qualification résolu par la *lex fori* (1) et, ensuite, de les rattacher éventuellement à la loi du lieu où le consentement se serait formé si ces vices n'avaient pas existé, c'est-à-dire à la *loi du lieu de conclusion* (2).

30. — Cette objection, et la modification du rattachement des vices du consentement qui est proposée, ne s'imposent que si on admet que la volonté des contractants est, en droit international privé, directement déterminatrice de la loi applicable au contrat (3). Dans ce seul cas (4), on peut hésiter à appliquer la loi qui aurait pour seul fondement une volonté viciée. Si au contraire, *le contrat de choix* de la loi applicable est suffisamment indépendant du contrat lui-même, il n'y a pas de raison majeure pour ne pas apprécier la validité du consentement en fonction de la loi contractuelle. Or on sait que seuls les « autonomistes » convaincus reconnaissent à la volonté le caractère d'une source de droit originaire (5), la plupart des juristes s'accordant au contraire à ne lui reconnaître de valeur « ... qu'autant qu'elle a reçu forme légale, qu'elle a été réglée... par les règles contenues dans une loi » (6). C'est pourquoi on reconnaît généralement que la *règle de conflit de la lex fori* donne cette autorité au choix par les parties de la loi applicable au contrat (7). Le Tribunal fédéral Suisse a exprimé cette conception en des termes particuliè-

(1) SAVIGNY, *Droit Romain*, T. VIII, n° 374 ; ARMINJON, *Précis de Droit commercial*, p. 164 ; MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Turin, 1954, p. 241.

(2) ARMINJON, *Précis*, T. II, 2^e éd., n° 97, p. 303-304. Mais il revient sur cette solution trop absolue à son avis dans son *Précis de Droit commercial*, p. 166. Certains vices, dit-il, n'empêchent pas le contrat de se former, il propose alors d'appliquer la loi à laquelle se rattachent les droits de la partie qui les invoque.

(3) V. cependant LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, D., 1931.35 qui conteste l'existence d'un cercle vicieux, au motif que la spécificité de la vie internationale rend inutile la reconnaissance préalable par une loi de la déclaration de la volonté, alors que l'exigence d'une volonté « morale, loyale, et sociale » est un principe général commun aux différentes législations. Adde LOUSSOUARN, *Précis Dalloz*, n° 476.

(4) L'objection est moins évidente, lorsque la loi du contrat est déterminée par la localisation du contrat. On peut constater d'ailleurs que la doctrine anglaise ne se pose pas le problème.

(5) Sur l'impossibilité logique à reconnaître à la volonté la force d'une source de droit originaire, v. WIDMER, *Die Bestimmung des massgebenden Rechts im internationalen Vertragsrechts*, p. 62 et s. ; MOSER, *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, p. 146 et 164.

(6) ARMINJON, T. II, p. 253, n° 78, p. 255. V. GENY, *Méthodes d'interprétation*, p. 529.

(7) MOSER, *op. cit.*, 167 ; FEDOZZI, *Diritto internazionale privato*, 1935, p. 694 et 710 et s. ; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 1950, n° 70 ; MONACO, *Efficacia...* p. 242 ; MARTIN WOLFF, *Private International Law*, 1950, p. 137 ; HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931, p. 6 et 88 et s. ; WIDMER, *op. cit.*, 62 et s. et 123 ; RAAPE, I.P.R., 3^e éd., p. 280. V. également, F. VISCHER, *Internationalen Vertragsrecht*, Bern, 1962., p. 23 et s.

rement nets dans un arrêt du 31 août 1953 (1) « ... le choix du droit repose sur une *convention de désignation propre ajoutée au contrat principal*, auquel elle peut être liée en un tout uniforme ou conclue séparément... ; l'ordre juridique compétent pour juger le contrat principal n'est pas tiré de celui-ci même, mais de la convention de désignation, qui repose de son côté sur une *règle de conflit offerte par la lex fori* » (2).

31. — Si le contrat de choix est suffisamment distinct du contrat lui-même, l'objection formulée à l'encontre de la soumission des vices du consentement à la loi contractuelle perd de sa force. Le contrat peut être vicié sans que la désignation de la loi soit nécessairement affectée du même vice ; il n'y a dès lors aucun illogisme à apprécier la validité du consentement en fonction de la loi choisie par les parties. Mais cela n'exclut pas que le choix de la loi applicable au contrat soit lui-même affecté d'un vice du consentement ; l'hypothèse est assez vraisemblable dans les contrats d'adhésion (3). La *lex fori*, applicable au contrat de choix, en réglera alors les conséquences (4).

L'objection fondée sur l'existence d'un cercle vicieux, peut donc être réfutée en vertu des principes mêmes qui régissent la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux. Il en sera de même en ce qui concerne la dernière objection formulée par la doctrine contre l'application de la loi du contrat aux vices du consentement tenant à l'impossibilité de soumettre les matières impératives du droit interne à la loi choisie par les parties.

3. *Objection tirée du caractère impératif, en droit interne, des règles relatives aux vices du consentement*

32. — Insuffisamment distinguée, en général de l'objection précédente, cette objection reprend une critique fondamentale adressée par les adversaires de la loi d'autonomie à la règle de conflit relative aux contrats internationaux. Selon cette critique, la loi choisie par les parties ne saurait être appliquée aux matières impératives du droit interne, la faculté des parties de choisir le système applicable

(1) Trib. féd. suisse, 31 août 1953, *Künzle/Bayrische Hypotheken und Wechselbank*, *Rev. crit.*, 1954.799, note Flattet.

(2) *Rev. crit.*, 1954.801.

(3) A cet effet, l'art. 332-a 1° du Second Restatement écarte la compétence de la loi choisie par les parties « si ce choix de la loi a été déterminé par des moyens non conformes ou a été le résultat d'une erreur ». Voir sur ce point REESE, « Discussion of Major Areas of Choice of Law », *Rec. Cours La Haye*, 1964, p. 315 et s.

(4) V. NUSSBAUN, *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1932, p. 238, qui n'admet une exception à la loi du contrat qu'en cas de dol.

à leur convention n'étant concevable que dans le domaine des lois supplétives (1), sous peine de violer le principe de la supériorité et de l'antériorité de la loi sur le contrat (2). Dans cet esprit, ces auteurs proposaient le plus souvent (3) d'apprécier la validité du consentement des contractants, au regard de la *lex loci contractus* (4), appliquée à titre impératif.

33. — Cette solution fut apparemment adoptée par un arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1931 (5), mais les motifs de la décision permettent de douter que la compétence de la *lex loci contractus* ait été retenue à titre impératif plutôt qu'au titre de loi applicable au contrat (6). La Cour invoque en effet le principe selon lequel « la forme des actes est, comme la validité du consentement des parties, réglée par la loi du lieu où ces actes sont passés et la convention conclue » (7). Aussi la décision apparaît-elle plutôt comme une résurgence de la règle *locus regit actum* dans le domaine du fond du contrat, abandonnée pourtant depuis 1910 par la Cour de cassation. La compétence de la *lex loci contractus* à titre impératif était, au contraire, plus nette dans les systèmes étrangers, notamment suisse (8) ou américain (9), qui soumettaient à des lois différentes

(1) AUBRY, *Clunet*, 1896.471 et s.; AUDINET, S., 1931.2.145; CRÉMIEUX, D., 1933.1.169; CALEB, *op. cit.*, 179-180. V. BARTIN, T. II, n° 242.

(2) Sur les éléments de cette critique, v. BATIFFOL, *Problèmes des contrats privés internationaux*, Cours I.H.E.I., 1961-62, p. 27 et s.; BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 569.

(3) Certains auteurs, en effet, proposaient l'application de la *loi personnelle* des contractants, en raison de la protection de la personne visée par ces règles en droit interne (v. *supra*, n° 24), ainsi CRÉMIEUX, D. 1933.1.169, et AUBRY, *Clunet*, 1896.473. Quant à Alberic ROLIN, T. I, n° 292, p. 482, il estimait nécessaire d'appliquer *cumulativement* la loi du lieu de conclusion et la loi personnelle des contractants. « Les parties sont soumises à l'une parce qu'elles doivent s'incliner devant les lois relatives aux bonnes mœurs en vigueur dans le pays où elles se trouvent... Il y a un intérêt général en cause. Elles sont soumises à l'autre, en vertu du lien de sujétion qui le suit en pays étranger ».

(4) ARMINJON, T. II, n° 96-97; DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé*, p. 358. La doctrine anglo-saxonne préconisa également cette solution (v. FOOTE, *Private International Law*, 5^e éd., 1925.402; DICEY, *Conflict of Laws*, 5^e éd., par Keith, 1932.655) que Beale fit adopter aux Etats-Unis dans le 1^{er} Restatement. V. Beale, *A Treatise...*, T. II, 1425, n° 347.1 et « What law governs the validity of a contract » 23 *Harvard Law Review*, 1910.260 et s.

(5) Paris, 9 février 1931, D., 1931.2.33, note Lerebours-Pigeonnière, S., 1931.2.145, note Audinet, *Clunet*, 1932.109, *Rev. crit.*, 1931.348.

(6) V. également Seine, 18 janvier 1902, *Gaz. Pal.*, 1902.1.326, *Clunet*, 1902.815.

(7) D., 1931.2.33.

(8) Cour de Justice Civile de Genève, 22 février 1913, *Clunet*, 1914.1028, note Tournade.

(9) Cour suprême des Etats-Unis, *Pink/A.A.A. Highway Express Inc.* (1941). 314 U.S. 201. — V. sur la jurisprudence américaine, BEALE, *A Treatise...*, T. II 1225, par. 347.1.

la validité et l'exécution d'un même contrat (1). Ce morcellement (2) artificiel du contrat a cependant été définitivement écarté par la suite (3).

34. — Cette conception, en effet, qui tend à éliminer les dispositions impératives du domaine de l'autonomie de la volonté en droit international privé est largement dépassée (4), du moins sous la forme où elle était présentée par la doctrine (5). Il est inexact d'induire de l'application de la loi choisie par les parties aux matières impératives que celles-ci perdent leur caractère impératif sur le plan international (6). La preuve en est que la loi du contrat s'applique avec toutes ses dispositions impératives (7), et il n'est nullement illogique d'admettre que soient écartées les dispositions impératives des autres lois qui auraient éventuellement une incidence sur le contrat, à moins de nier la faculté même de contracter sur le plan international (8).

L'objection est, de toute évidence, sans valeur lorsque la loi applicable au contrat est déterminée objectivement (9), en fonction des éléments localisateurs du contrat ; il est alors tout à fait rationnel

(1) Sur ces solutions, v. *infra*, nos 47 et 48. — La compétence de la *lex loci contractus* paraît également résulter de l'art. 15 du Code de commerce espagnol (qui contenait les mêmes dispositions que l'ancien art. 58 du C. com. italien) et de l'art. 7 du Code de procédure civile de la République de Russie.

(2) Il faut préciser que le morcellement du contrat aux Etats-Unis n'a pas été érigé en principe, si ce n'est dans un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *Scudder/Union National Bank* de 1875. La jurisprudence américaine est par ailleurs particulièrement confuse (v. sur ce point *GOODRICH*, p. 321 à 334 et les auteurs cités en note *infra* n° 48).

(3) V. *infra*, nos 47 et 48.

(4) V. déjà les critiques apportées par PERROUD, « De la loi applicable aux conditions de validité des contrats », *Clunet*, 1933, p. 289 à 298 et surtout par J. DONNEDIEU DE VABRES, *thèse préc.*, p. 250 et s. et p. 531 et J.C.P., 1943.I.375. — V. également, LEREBOURS, D., 1931.2.35, note sous Paris, 9 février 1931.

(5) En effet, nous verrons (*infra*, n° 188) que le système de l'autonomie de la volonté est encore contesté actuellement notamment en matière de « contrats dirigés ». — V. principalement F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Berne 1962 ; LANDO, *The proper Law of the Contract*, 1964.

(6) Ce qui ne serait d'ailleurs pas plus choquant que le fait d'admettre que la loi étrangère perde son caractère de règle de droit sur le plan international.

(7) Le problème est plus délicat, lorsque les parties écartent les dispositions impératives de la loi applicable au contrat. Il semble que, contrairement à ce qu'a admis la Cour de cassation le 5 décembre 1910, S., 1911.I.129, et même le 21 juin 1950, *Rev. crit.*, 1950.609, note H. Batiffol, le procédé ne soit pas acceptable.

(8) Nous verrons cependant dans la deuxième partie de ce travail que le respect de certaines législations s'impose sur le plan international même lorsqu'elles ne font pas partie du système applicable au contrat. Mais cette amodiation du principe ne saurait être admise que dans des domaines où l'organisation économique ou sociale d'un pays se trouve mise en cause. Ce qui n'est certes pas le cas des règles relatives aux vices de consentement.

(9) V. notamment dans ce sens, ALBERT LOCHNER, *Darlehen und Arleihe im internationalen Privatrecht*, Stuttgart und Köln, 1954.

que les lois impératives du système ainsi déterminé régissent le contrat à l'exclusion de toutes autres (1), et qu'ainsi, le souci de loyauté qui préside aux relations contractuelles, soit assuré par la loi en vigueur dans le milieu qui présente le lien le plus étroit avec le contrat.

L'objection n'est pas davantage décisive lorsque la loi contractuelle résulte du choix exprès des parties, du moment que ce choix a été exercé sans fraude (2), et même dans ce cas, ce choix pourrait-il être redressé par le juge.

35. — Au demeurant, au risque de paraître paradoxal, l'application d'un système ou d'un autre ne revêt pas une importance capitale en ce qui concerne la matière des vices du consentement. Ainsi que l'avait fait remarquer Lerebours-Pigeonnière, la loyauté des contrats est un principe commun aux droits des pays civilisés, dont seules les modalités, en définitive mineures, diffèrent.

C'est pourquoi, en raison de la *nécessité de « choisir » qu'implique la notion de règle de conflit*, il faut en revenir au principe selon lequel le rattachement se fait en fonction de la qualification de l'institution. Or il n'est pas contestable que les vices qui entachent l'élément fondamental du contrat, c'est-à-dire le consentement sans lequel il n'existe pas de contrat, relèvent du domaine contractuel et par voie de conséquence, de la loi applicable au contrat. Cette même conclusion devrait également s'imposer en ce qui concerne la cause et l'objet du contrat.

§ 2. — La cause et l'objet du contrat

36. — Deux points retiendront ici notre attention, d'une part l'exigence proprement dite d'une cause et d'un objet (A), d'autre part la lésion (B) (3).

A. — L'EXIGENCE D'UNE CAUSE ET D'UN OBJET.

37. — En droit français, la cause et l'objet du contrat sont, à l'égal du consentement, des éléments fondamentaux du contrat (art. 1108 C. civ.). Il semble que cette conception doive se traduire,

(1) V. la réserve faite *supra* note 8, p. 26.

(2) Sur cette idée, v. l'arrêt *Vita Foods* du Privy Council, *Vita Food Products/Unus shipping* C^o (1939) A.C. 277 (30 janvier 1939, *Nouv. Rev.*, 1942.420, note Mezger).

(3) L'absence de lésion, plus qu'une condition de licéité du contrat nous paraît, en effet, liée à l'exigence d'une cause et donc à la notion de contrat, bien que la lésion ne soit pas une cause générale de nullité des contrats en droit français.

sur le plan international, par leur rattachement à la loi du contrat (1), du moins en ce qui concerne la nécessité de leur existence (2) lors de la formation du contrat.

38. — Si quelques décisions paraissent avoir retenu la compétence de principe de cette loi (3), les termes employés pour l'écarter, au nom de l'ordre public français (4), laissent penser qu'en définitive, ces conditions ne sauraient dépendre que de la *loi française*, et que la notion française de contrat, exprimée par les dispositions de l'article 1131 du Code civil, s'impose à l'exclusion de toute autre. Les motifs, particulièrement fermes d'un jugement du Tribunal de la Seine du 5 juillet 1939 (5) semblent bien en effet impliquer cette idée : « Attendu, — décide le tribunal —, que s'il est admis en droit allemand, en matière de lettre de change, qu'une obligation de ce genre puisse être valable sans cause exprimée, il ne s'ensuit nullement que ce droit reconnaisse l'existence d'une obligation sans cause ; qu'il paraît en effet impossible de concevoir dans l'ordre juridique l'existence d'une *obligation consentie sans cause* par un individu sain d'esprit et de volonté libre, qu'au surplus, cette idée d'engagement sans cause présente avec nos conceptions en la matière, une *incompatibilité telle que notre ordre public ne saurait s'en accommoder* et qu'aucune juridiction française ne saurait appliquer une loi étrangère qui admettrait l'existence d'une obligation de ce genre ». On peut se demander si cette réaction à l'encontre des législations étrangères, qui reconnaîtraient la validité de certains actes non causés (6), n'est pas quelque peu excessive, et si réellement, il est inconcevable d'en reconnaître la validité en France (7). Mais à vrai dire, le problème ne se pose que rarement

(1) BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n°s 597 et 598 ; BATIFFOL, *Contrats* p. 352 et s. ; RABEL, t. II, p. 527 et s.

(2) Quant à la licéité de la cause et de l'objet v. *infra*, n°s 44 et s. En ce qui concerne la détermination même de l'objet, ce qui est une question d'interprétation, la loi du contrat est applicable : Douai, 2 nov. 1933, *Rev. crit.*, 1935.136, note Caleb.

(3) En France, v. les décisions citées à la note suivante. A l'étranger, v. aux Etats-Unis, *Pritchard/Norton* (1882), 106 U.S. 124 ; en Grande-Bretagne, *In the Banacina Le Brasseur/Bonacina* (1912) 2 Ch. 28 ; pour la jurisprudence allemande, cf. RABEL, t. II.528. — V. également Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Tchécoslovaquie, 13 déc. 1957, *Clunet*, 1962.446, note Hanak.

(4) Trib. Com. Seine, 27 novembre 1933, *Rev. crit.*, 1935.748 (V. en appel, Paris, 28 février 1935 (même référence) et en cassation Req. 14 déc. 1937, *Nouv. Rev.*, 1938.131, Seine, 5 juillet 1939, *Rev. crit.*, 1939.450, note Niboyet.

(5) Seine, 5 juillet 1939, *Rev. crit.*, 1939.450, note Niboyet.

(6) L'existence de législations qui admettraient de véritables obligations non causées est d'ailleurs sujette à discussion. V. notamment, sur les exagérations commises sur la portée réelle du principe germanique de l'abstraction, L. DABIN, *Fondements du droit cambial allemand*, Liège, 1959, p. 354 et s.

(7) V. les critiques de P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, n° 45.

devant les tribunaux et son importance pratique comme son intérêt théorique paraissent relativement faibles.

Au contraire, le problème de l'équivalence des prestations des contractants, c'est-à-dire de l'absence de lésion lors de la formation du contrat, présente un intérêt plus évident.

B. — LA LÉSION.

39. — La controverse toujours ouverte sur la nature de la lésion en droit interne (1) se répercute au plan international. Cependant le problème se présente différemment sur le plan interne et sur le plan international.

En effet, que l'on considère la lésion en droit interne (2) comme un vice du consentement (3) ou comme un vice objectif (4), la compétence de la loi du contrat s'impose de la même manière (5), et toute discussion devient alors stérile (6). Sur le plan international, la difficulté vient, non pas de la nature de la lésion en droit interne, mais du fait que, contrairement à certains systèmes, tels les systèmes allemand (7) ou suisse (8) dans lesquels l'équivalence des prestations est un élément nécessaire à tout contrat, la lésion n'est pas en droit français, une cause générale de nullité des conventions (9); la

(1) V. R. LE BALLE, *La lésion*, Cours Doctorat, Paris, 1966-67.

(2) V. sur le fondement de la lésion en droit interne, MARTY-RAYNAUD, T. II, *Les obligations*, n° 155.

(3) V. notamment dans ce sens, WEISS, *Traité*, t. IV, p. 393 et s.; LEREBOURS, D., 1931.2.33; BARTIN, *Principes*, T. II, p. 66; LA PRADELLE, *Rev. crit.*, 1932 295; E. AUDINET, S., 1931.2.146, pour lequel, si ce n'est pas à proprement parler un vice du consentement, « c'est l'indice d'un consentement imparfait ».

(4) Dans ce sens, H. BATIFFOL, note *Rev. crit.*, 1936.628.

(5) BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 597; BATIFFOL, *Contrats*, n° 403; LEREBOURS, D., 1931.2.33; LOUSSOUARN, *Précis*, n° 476.

(6) Sauf évidemment pour ceux qui préconisent un rattachement spécial des vices du consentement. En faveur de la *lex loci contractus*: WEISS, *Traité*, T. IV, p. 292. En faveur de la loi personnelle de la victime de la lésion: BARTIN, *Principes* T. II, p. 66 et s.; AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie », *Clunet*, 1896.465; E. AUDINET, S., 1931.2.146, mais seulement en l'absence de loi nationale commune. En faveur de la loi personnelle, uniquement pour les contrats passés par un mineur en raison du lien de l'art. 1305, C. civ., avec le régime des incapacités: A. AUDINET, *Du conflit des lois impératives ou prohibitives*, thèse, 1922, p. 144.

(7) Art. 138, al. 2, C. civ. allemand.

(8) Remarquons cependant qu'en droit suisse, la lésion n'est pas une cause de nullité du contrat, mais le contractant lésé a la faculté de résilier le contrat. L'art. 21 du Code fédéral suisse dispose en effet: « en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties, et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience ».

(9) Si ce n'est dans les conventions passées par les mineurs (art. 1305 C. civ.). Au contraire, la nullité pour lésion d'un contrat passé par un majeur n'est qu'ex-

notion même de lésion varie suivant les cas déterminés où elle est prise en considération (1).

Or, s'agissant, en droit français, de dispositions exceptionnelles, la transposition des conceptions du droit interne sur le plan international, devient plus délicate. La discussion s'est, en définitive, placée sur le terrain de la *répartition des compétences de la loi réelle* et de la *loi contractuelle*.

40. — En effet, il a paru à certains auteurs, que la lésion étant prise en considération, en droit français, principalement dans les actes portant sur les immeubles, particulièrement en matière de vente d'immeubles (2), celle-ci mettait en cause le régime de la propriété immobilière et devait en conséquence être soumise à la *lex rei sitae* (3). C'est d'ailleurs, dans ce sens que fut interprété un arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1931 (4). Il s'agissait, en l'espèce, de la vente d'un immeuble situé à Wiesbaden, en Allemagne. L'acte de vente avait été passé à Paris, entre un vendeur français et un acheteur également français; le vendeur demandait, sur le fondement de l'article 1674 du Code civil français (5), la rescision de la vente. La Cour de Paris rejeta sa prétention, au motif que « ... si le transfert de propriété doit être considéré comme un effet direct de la volonté des parties contractantes, il n'en est pas de même de la rescision pour cause de lésion, qui constitue en droit français, une création de la loi positive (6), envisageant le maintien d'un juste prix dans les ventes d'immeubles comme un élément de paix sociale et une notion d'ordre public ».

En conséquence, la Cour de Paris estima que l'immeuble n'étant pas situé en France, le vendeur ne pouvait invoquer l'article 1674 du Code civil français, alors même que la loi de situation de l'immeuble n'admettait pas une action semblable (7). Les commentateurs

ceptionnelle (art. 1118, C. civ.). V. cependant, sur l'extension donnée par la jurisprudence à la notion de contrat lésionnaire, Mme PEROT MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat* (Préf. A. Nerson), Paris, Dalloz, 1961.294, p.

(1) V. MAURY, « La lésion dans les contrats », *Rev. crit.*, 1936.344 et *Trav. Com. fr. dr. int. privé*, 1935-36, p. 70.

(2) Art. 1674, C. civ. français, en vertu duquel sont rescindables les contrats lésionnaires de plus des 7/12^e.

(3) FOELIX, *Traité*, T. I, 4^e éd., par DEMARQUET, 1866, n° 93, p. 217; A. AUDINET, *Du conflit des lois impératives et prohibitives en matière de contrats*, thèse, 1922, p. 143-144; ARMINJON, *Précis*, T. II, n° 38. Certains auteurs fondent la compétence de la loi réelle sur l'idée de protection du propriétaire immobilier (MAURY, *Rev. crit.*, 1936.344; J. DONNEDIEU DE VABRES, *thèse*, p. 636).

(4) Paris, 9 février 1931, D.P., 31.2.33, note Lerebours-Pigeonnière, S., 1931.2.145, note Audinet, *Rev. crit.*, 1934.628, note Batiffol.

(5) Subsidiairement, il invoquait la nullité du contrat pour vice du consentement prévue par la loi allemande.

(6) On peut se demander à quelle notion s'oppose cette considération.

(7) Ce qui est douteux d'ailleurs.

en ont déduit que bien que le contrat fut régi par la loi française (1), la lésion avait été appréciée selon la *lex rei sitae*.

41. — Cette interprétation nous paraît inexacte. La compétence de la *lex rei sitae* est loin d'être aussi nettement affirmée; plus que sur l'application de cette loi, la solution nous paraît fondée sur les limites du domaine d'application de la loi française, applicable au contrat (2). La Cour de Paris écarte en effet l'application de l'article 1674 du Code civil français pour deux raisons. En premier lieu parce que « les textes qui organisent la rescision de la vente pour cause de lésion suffisent à éclairer l'intention certaine du législateur de limiter aux immeubles situés en territoire français, l'empire du statut spécial immobilier ». En second lieu parce que, en droit français, la reconnaissance de la rescision pour lésion est liée à l'accomplissement de procédures (3) qui peuvent difficilement être ordonnées à l'étranger.

Ce n'est donc que par voie de conséquence, et non par une compétence directe de la loi allemande (4) de la situation de l'immeuble, que la loi française du contrat est écartée. Tout au plus, la considération que la *lex rei sitae* n'admet pas d'action semblable à celle du droit français évoque-t-elle la nécessité d'une éventuelle application cumulative des deux lois.

42. — Mais on peut se demander si, l'application cumulative des lois réelle et contractuelle, admissible à la rigueur en ce qui concerne la création et le transfert de droits réels, est justifiée lorsqu'il s'agit de savoir si la vente d'un immeuble est rescindable pour lésion. En effet, l'article 1674 du Code civil n'est pas en droit français une règle relative au statut de l'immeuble, et ne reflète nullement une conception spéciale de l'organisation de la propriété foncière (5), ce qui en ferait une règle de statut réel; c'est au

(1) *Contra*, LEREBOURS, D., 1931.2.33; selon lui la vente de l'immeuble était soumise à la loi allemande, et seule, la question des vices du consentement était régie par la loi française du lieu de conclusion. Mais il semble au contraire, que la Cour de Paris ait considéré la loi française applicable au contrat.

(2) La Cour semble, en effet, considérer les dispositions de la loi française relative à la lésion, comme une loi de police dont l'application doit être limitée au territoire français (v. *infra*, n°s 235 et s.).

(3) Notamment le rapport concordant de trois experts.

(4) L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 29 juin 1931, *Rev. crit.*, 1932.295, consultation La Pradelle, paraît être plus affirmatif sur ce point. La Chambre des Requêtes rejette, en effet, le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Rabat du 14 mai 1929 (*Clunet*, 1930.1242), qui avait retenu la compétence de la loi du contrat, laquelle coïncidait avec *lex rei sitae*, mais semble admettre que la *lex rei sitae* est immédiatement compétente en matière de rescision du contrat pour lésion.

(5) *Contra*, FOELIX, *Traité*, T. I, 4^e éd., n° 93, p. 217; A. AUDINET, *Du conflit des lois impératives ou prohibitives*, thèse, 1922, p. 143 et s.; ARMINJON, *Précis*, T. II, n° 98.

contraire, une disposition destinée à assurer l'équilibre contractuel (1) des transactions relatives aux seuls biens qui avaient à l'époque du Code civil, une valeur appréciable.

Ne pas le reconnaître serait, de plus, faire une confusion entre la création des obligations du contrat et le transfert de propriété (2); or si le transfert de propriété peut se trouver affecté par la rescision du contrat, ce n'est qu'en raison de la nullité du contrat. Aussi, croyons-nous qu'en égard, tant au but qu'à l'objet de la rescision pour lésion, celle-ci apparaît bien comme une règle de statut contractuel (3) soumise en conséquence à la loi applicable au contrat (4).

On peut, toutefois, remarquer que cette affirmation sera parfois illusoire, en matière de vente d'immeuble, étant donné que la loi du contrat sera généralement la *lex rei sitae* (5). Mais l'affirmation du principe n'est pas inutile dans la mesure où la lésion peut être prise en considération par le système juridique applicable au contrat dans des contrats autres que la vente immobilière et qu'ainsi le morcellement de la formation du contrat se trouve évité.

43. — Cependant, la portée générale du principe pourrait être mise en doute, si la rescision pour lésion était admise pour des considérations autres que celle de l'équivalence des prestations de l'acte rescindable. Cela paraît être le cas de la rescision du *partage de succession* pour lésion de plus du quart prévue par l'article 887 du Code civil. Bien que cette règle soit également applicable au partage de société (6) en vertu de l'article 1872 du Code civil, l'article 887

(1) Dans ce sens, BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., n° 615, *Contrats*, n° 403, *Rev. crit.*, 1936.628; NIBOYET, *Traité*, T. V, n° 1408, qui estimait que la nécessité de l'absence de lésion et les sanctions de la lésion devaient relever de la loi du contrat, tandis que la *lex rei sitae* devait déterminer les conditions d'existence de la lésion.

(2) Sur la nécessité de distinguer le *jus ad rem* du *jus in re*, v. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, D., 1931.2.33; E. AUDINET, S., 1931.2.145; J. DONNEDIEU DE VABRES, thèse précitée, p. 636; MAURY, *Rev. crit.*, 1936.1344; BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., n° 615, note 35.

(3) V. également dans ce sens, FRÉJAVILLE, J.C.P., 1943.II.2158, à propos de la loi du 16 novembre 1940 sur les autorisations préfectorales en matière de vente d'immeuble.

(4) La solution était déjà donnée par Salicet (v. LAINÉ, *Introduction*, t. I, p. 181). V. pour la doctrine moderne, dans ce sens, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 597; LOUSSOUARN, *Précis*, n° 476.

(5) La situation de l'immeuble est en effet un indice déterminant de la loi applicable aux contrats qui ont pour objet un immeuble. Cf. sur ce point, BATIFFOL, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Contrats et Conventions*, nos 59 et s.

(6) En ce qui concerne la rescision pour lésion d'un *partage de société*, il paraît douteux qu'elle puisse résulter d'une loi autre que celle qui est applicable au contrat de société lui-même (V. LOUSSOUARN, *Conflits de lois en matière de société*, p. 501 et s.), ce, même si le partage résulte d'une dissolution anticipée de la société. En effet, même si le partage est une convention distincte du contrat de société, il semble bien que la loi applicable à cette dernière doive exercer son attraction sur le partage, du moins quant à ses règles de fond (Dans ce sens, quoique équivoque, Civ., 11 juillet 1928, S., 1930.1.217, note Niboyet; V. les réserves de M. Loussouarn sur cette interprétation, *op. cit.*, 502).

du Code civil vise en réalité à assurer une certaine égalité entre cohéritiers. Au travers d'un équilibre entre les participants à l'acte de partage, ce sont en définitive les principes de la dévolution successorale qui sont en cause. Aussi, dans ce cas la *lex rei sitae*, loi successorale pour les immeubles, paraît-elle avoir des titres de compétence légitimes (1). Mais en réalité, il ne s'agit pas d'une exception au principe de la compétence de la loi du contrat. C'est qu'en effet, la loi successorale sera également la loi applicable à l'acte de partage, du moment que l'autonomie des parties ne peut s'exercer que là où la loi successorale ne porte pas de dispositions impératives (2).

Il apparaît, en définitive, que malgré l'absence d'unité des fondements de la lésion en droit interne, la compétence de la *loi du contrat* sur le plan international peut être retenue d'une manière générale en cette matière, et qu'il n'y a là, aucun motif de morceler le contrat. Le même souci d'assurer l'unité du régime applicable au contrat commande les solutions relatives au second groupe de règles qui conditionnent la validité du contrat, à savoir la licéité de ce contrat.

SECTION II

LA LICÉITÉ DU CONTRAT

44. — Bien que la compétence de la loi du contrat ait pu être contestée en la matière, l'appréciation de la licéité du contrat au regard de la loi contractuelle ne fait guère de doute ; il s'agit de savoir en effet si la substance du contrat a été valablement déterminée par les parties (3), ce qui fait incontestablement partie du domaine contractuel. Si l'interventionnisme étatique, par ses multiples incidences sur les contrats a paru devoir atténuer quelque

(1) S'agissant ici de délimiter les titres de compétence de la loi du contrat et de la loi réelle, nous avons pris pour hypothèse une succession immobilière. Mais, il est évident que la compétence de la loi successorale s'impose également en matière de succession mobilière. La soumission de la rescision pour lésion d'un partage de succession à la loi successorale est d'ailleurs admise par la doctrine (BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 664 ; LOUSSOUARN, n° 481 ; DENNERY, *Le partage en droit international privé*, thèse, Paris, 1935, p. 42) et semble l'être, du moins implicitement par la Cour de cassation (Civ. 13 avril 1932, *Chateau de Chambord*, D.P. 1932.1.59, concl. Matter, note Basdevant, S., 1932.1.361, note Audinet, *Clunet*, 1932.997).

(2) Dans ce sens, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 662.

(3) Sur la notion de licéité du contrat en droit interne comparé, v. Charles SZLADITS, « Illegality of prohibited contracts : Comparative aspects », *Mélanges Yntema*, p. 221-231.

peu le principe de la compétence exclusive de la loi du contrat dans ce domaine, ce qui fera l'objet de la Deuxième Partie de ce travail, le principe doit néanmoins être posé d'une manière générale (§ 1). Nous verrons cependant, que l'application du principe peut présenter quelques difficultés, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de certaines clauses contractuelles, dont l'autonomie par rapport au contrat principal justifierait un rattachement particulier sur le plan international (§ 2).

§ 1. — Le principe de la compétence de la loi du contrat

A. — LA COMPÉTENCE DE PRINCIPLE DE LA LOI DU CONTRAT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS.

44. — A moins d'ôter toute signification (1) à la détermination « d'une loi » applicable au contrat, la licéité du contrat (2) doit être appréciée, au regard des dispositions qui limitent la liberté des parties, dans le milieu juridique dans lequel s'insère le contrat. Pas plus que nous n'avons retenu l'objection adressée à la compétence de la loi du contrat en matière de vices du consentement (3), objection selon laquelle la loi choisie par les parties ne saurait s'appliquer aux matières impératives du droit interne, nous ne saurions admettre que la licéité du contrat pût ainsi échapper au domaine de la loi contractuelle. Ce n'est au contraire, que dans cette mesure, que l'on peut concevoir la faculté des parties de choisir la loi applicable au contrat : celle-ci ne consiste pas à se libérer des impératifs de toute loi positive, mais à opérer le rattachement de la convention à l'ensemble des dispositions impératives et supplétives d'un système juridique donné (4). Dans la mesure où ce choix est objectif (5), — et il l'est *a fortiori* lorsqu'il est fait par le juge en fonction des éléments localisateurs du contrat —, rien ne s'oppose à ce que la licéité du contrat soit soumise à la loi contractuelle ainsi détermi-

(1) V. H. BATIFFOL, « La signification de la loi désignée par les contractants », *Studi Perassi*, Milan, 1957, p. 183 et s.

(2) Notons que la liberté contractuelle n'est pas seulement limitée par des dispositions expressément prohibitives, mais également par la notion d'ordre public interne dérogée par les tribunaux.

(3) V. *supra*, n^{os} 32 et s.

(4) V. sur ce point les motifs de l'arrêt *Chevalley*, rendu par le Tribunal Féd. Suisse, le 12 févr. 1952 (*Rev. crit.*, 1953.390, note Flattet) : « L'option donnée aux parties ne signifie pas que les parties échappent à toutes dispositions de droit absolu ; elles se soumettent à celles de la loi qu'elles élisent » (*Rev. crit.* 1953.395).

(5) L'arrêt *Chevalley* précité, exprime également cette idée que le contrat doit avoir des « attaches naturelles » avec le pays dont la loi est choisie (*Rev. crit.* 1953.395).

née, pas même le fait que la nullité du contrat puisse en résulter (1). On peut d'ailleurs remarquer une fois encore que cette controverse vise moins à réduire le domaine de la loi contractuelle, qu'à contester la manière dont elle est déterminée (2).

46. — Aussi bien, lorsque la jurisprudence française pose le principe selon lequel « la loi applicable au contrat international est celle que les parties ont expressément ou implicitement adoptée » (3), admet-elle également que la validité du contrat en dépend (4). De nombreuses décisions ont d'ailleurs fait application de ce principe à la licéité de la cause (5) ou de l'objet (6) dans les contrats internationaux (7). La compétence de la loi applicable au contrat a été retenue dans des domaines aussi variés que la licéité de l'usure (8)

(1) On sait, en effet, que Savigny avait hésité dans ce cas à admettre la compétence de la loi choisie par les parties au motif qu'elles n'avaient pu réellement vouloir conclure un contrat nul (v. *supra*, note 3 p. 14).

(2) On ne saurait reprendre ici tous les éléments de discussion malgré leur intérêt évident, à moins d'ouvrir à nouveau le débat relatif à la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux. Mais on peut remarquer combien il est difficile de réaliser une dichotomie stricte entre le problème de la détermination de la loi du contrat, et la détermination de son domaine, dans la mesure où soustraire une matière contractuelle du domaine de la loi du contrat remet en cause le principe même de la détermination de cette loi.

(3) Civ. 5 décembre 1910, Civ., 31 mai 1932, Req., 2 novembre 1937, précités, (*supra*, n° 14).

(4) V. cependant *infra*, n° 58 et s., les réserves relatives à l'arrêt du 5 décembre 1910.

(5) Seine, 11 février 1937, *Clunet*, 1938.49 (loi péruvienne) ; Cass., 4 novembre 1946, D., 1947.413, note P.L.P. (qui appliqua, à tort d'ailleurs, la loi d'autonomie pour apprécier la validité d'un legs).

(6) Crim. 18 juin 1909, D., 1911.1.40, note Pic, S., 1912.1.425 (validité d'une société ayant pour objet l'exploitation d'un brevet de pharmacie, en vertu de la loi canadienne) ; Colmar, 16 février 1937, *Rev. crit.*, 1937.685, note H. Batiffol, *Clunet*, 1937.784, D., 1939.2.25, note Silz ; Seine, 9 nov. 1937, *Clunet*, 1938.283 (nullité d'un marché à terme passé à Berlin) ; Cass. (Co et fi.) 19 juillet 1954, *Rev. crit.*, 1955.106, note Loussouarn (société ayant pour objet le financement et la négociation de commandes de matériel destiné à l'aviation allemande ennemie).

(7) Il faut remarquer combien les notions de cause et d'objet sont beaucoup moins précises sur le plan international que sur le plan interne.

(8) Trib. 1^{re} instance Pondichéry, 17 mai 1946, *Penant*, 1948.95, note Alex Weill ; (v. également à l'étranger, Cour suprême de Colombie britannique, 8 mars 1960, *Rev. crit.*, 1961.153, note Castel, *Clunet*, 1964.858 ; au Canada, *Stuart/Boswell*, 1915.50, N.S.R., 15, D.L.R., 711). — La nouvelle réglementation française issue de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure ne semble pas remettre en cause le principe de la compétence de la loi du contrat. Cependant MM. GAVALDA et SROUFFLET (« La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure », J.C.P., 1968.I.2171), estiment qu'il s'agit d'une « loi de police contractuelle » (v. sur cette notion, *infra*, n° 175 et s.), qui doit être respectée dès que les opérations de prêt sont « liées au marché financier français », le lien significatif consistant dans la remise des fonds en France. Sans doute, cette législation relève-t-elle d'aspirations économiques et non plus seulement d'ordre moral. Elle pourrait fort bien être considérée comme une loi de police économique. Mais l'intervention de l'ordre

résultant d'un contrat de prêt ou d'une convention d'anatoscisme (1) ou la licéité de conventions entre époux sur la garde des enfants (2), ou de conventions relatives à l'attribution d'une pension alimentaire à l'un des époux (3), ou afférentes à l'état des époux (4), la loi contractuelle (5) étant dans ces derniers cas, la loi personnelle des époux (6).

Si le principe paraît désormais acquis en France (7), il n'en a pas toujours été ainsi à l'étranger, mais ici encore le souci d'unité du contrat a fini par prévaloir.

B. — L'ABANDON A L'ÉTRANGER DE LA COMPÉTENCE DE LA LOI DU LIEU DE CONCLUSION.

47. — Dans de nombreuses décisions rendues en Suisse, la compétence de la loi du lieu de conclusion a été retenue à titre impératif (8) cependant que les effets du contrat étaient régis par la loi choisie par les parties, ou à défaut par la loi du lieu d'exécution. Ce système, dit de la « *grande scission* », ou encore de la « *grande coupure* » (9), adopté pour la première fois dans un arrêt du Tribunal

public international au sens traditionnel n'est-elle pas ici une technique suffisante ? Si nous penchons pour une réponse affirmative, ces deux auteurs répondent par la négative, précisément en raison du fondement économique et non essentiellement moral de la loi de 1960 (v. d'une manière générale, sur le caractère des lois de police qu'auraient les lois fixant un taux maximum de l'intérêt conventionnel, STOUFFLET, « L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé », *Clunet*, 1966.582 et s., spéc. nos 22 et 23).

(1) Cass. (com. et fi.), 20 oct. 1953, *Rev. crit.*, 1954.386, note Loussouarn.

(2) Seine, 18 juin 1952, *Rev. crit.*, 1954.572, note Loussouarn (loi colombienne).
Addé pour la validité d'une convention conclue avant divorce d'une française renonçant à l'entretien de son enfant mineur par le mari allemand, Paris, 18 juin 1971, D., 1971.461, concl. Granjon (loi allemande).

(3) Paris, 1^{er} juillet 1959, *Rev. crit.*, 1960.627, *Clunet*, 1960.412, note Ponsard.

(4) Seine, 5 février 1953 (validant une transaction relative à une question d'état par application de la loi bolivienne), infirmé par la Cour de Paris, 7 juillet 1954, *Patino*, *Rev. crit.*, 1954.552, note Francescakis.

(5) On peut évidemment contester que la loi personnelle soit appliquée dans ces hypothèses à titre de loi contractuelle, et estimer que la compétence de la loi personnelle est impérative. Mais à notre avis, même s'il s'agit d'un rattachement impératif, il n'en demeure pas moins qu'il concerne une relation contractuelle.

(6) Sauf dans l'arrêt de la Cour de Paris du 7 juillet 1954, cité *supra*, note 4, qui décide que la transaction passée par les époux Patino est régie par la loi de l'Etat de New York, à titre de loi délictuelle, la transaction ayant eu pour but la réparation d'un dommage, causé et subi, à New York.

(7) BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, nos 597 et 598; BATIFFOL, *Contrats*, n° 107; LOUSSOUARN, *Précis*, n° 476.

(8) Ceci au motif que la volonté des parties ne pouvait s'exercer dans le domaine des règles impératives de la formation du contrat.

(9) Par opposition au système de la *petite coupure* qui conduit à appliquer une loi différente aux obligations de chaque contractant. Ce système est admis en Allemagne, lorsque par suite de l'impossibilité de déceler la volonté implicite ou même hypothétique des contractants quant au choix de la loi applicable, chaque obligation se trouve soumise à la loi du lieu de son exécution.

fédéral Suisse du 6 juin 1909 (1), fut l'objet de nombreuses critiques (2), bien qu'en réalité les juges n'aient jamais appliqué dans un même litige deux lois différentes. La meilleure expression de ces critiques se trouve dans les motifs du célèbre arrêt *Chevalley* (3), qui devait définitivement (4) condamner ce système. Selon le Tribunal fédéral, ce système « brise d'une manière artificielle l'unité du rapport contractuel » ; le rattachement distinct de la formation du contrat et de ses effets se conçoit d'autant moins que « la distinction entre ce qui ressortit à la formation et ce qui ressortit aux effets du contrat est souvent délicate, et peut demeurer incertaine... ce qui est de nature à compromettre gravement la sécurité du droit » (5). « Il convient, dès lors en principe — ajoute le Tribunal fédéral — d'appliquer une *loi unique* à toutes les questions en relation avec la conclusion et les effets du contrat ». C'est donc en fonction de la loi du contrat que s'apprécie en droit suisse la licéité du contrat, celle-ci étant, à défaut de désignation expresse des parties, celle du lieu avec lequel le contrat a le lien territorial le plus étroit (6).

48. — Aux *Etats-Unis*, également, la licéité du contrat a été appréciée dans un certain nombre de décisions selon la loi du lieu de conclusion (7), dont la compétence fut retenue sous l'influence de Beale, par le Premier Restatement (8). De même qu'en Suisse, le morcellement du contrat fut abandonné par la jurisprudence postérieure. Mais si le Second Restatement a, en définitive, consacré

(1) Trib. Féd. Suisse, 6 juin 1909, *Raschke*, A.T.F., 32.II.415.

(2) V. notamment, KNAPP, « Vers la fin de la coupure générale des contrats dans le droit international suisse des obligations », *Annuaire Suisse de droit international*, 1948, p. 83 et s. ; FLATTET, note *Rev. crit.*, 1953.390, sous l'arrêt *Chevalley* cité *infra* ; AUBERT, « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisse », *Rev. crit.*, 1962.19 et s. Cf. SCHNITZER, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, *Rec. Cours La Haye*, 1968, vol. 1, p. 543 et s.

(3) Trib. Féd. Suisse, 12 février 1952, *Chevalley/Genimportex SA*, A.T.F., 78.II.74, *Rev. crit.*, 1953.390, note Flattet.

(4) V. les prémices de ce revirement dans diverses décisions, dans lesquelles, la loi du lieu de conclusion était également applicable aux effets du contrat, Trib. Féd. 5 janvier 1945, *Vago* ; Trib. Féd. 27 février 1945, *Centrocooperacia A.G.* (décisions inédites citées par KNAPP, *Ann. Suisse de droit international*, 1948, p. 111 à 115) ; Trib. Féd., 3 juin 1947, *Laydernie et Cie*, A.T.F., 73.II.102 ; Trib. Féd., 14 juillet 1951, *Schwenger*, A.T.F., 77.II.272.

(5) *Rev. crit.*, 1953.394.

(6) *Rev. crit.*, 1953.395.

(7) L'exécution étant au contraire régie par la loi du lieu d'exécution. *Scudder/Union National Bank*, 91 U.S.406 (1875), Cour suprême des Etats-Unis ; *Flitner/Equitable Life Assurance Society* 30 CoL. App. 209 (1916). Mais, de même qu'en Suisse, les deux lois ne furent jamais appliquées concurremment (v. BARBEX, *thèse*, Paris, 1938, p. 131).

(8) Par. 332.

le principe de la compétence de la loi du contrat (1), la jurisprudence américaine est loin d'être aussi absolue : celle-ci, aux dires de M. Ehrenzweig (2), ne déduirait pas la licéité du contrat ou sa nullité, des dispositions d'une loi contractuelle déterminée objectivement mais, au contraire, justifierait le résultat à atteindre, à savoir la formation d'un contrat valable, par l'application d'une *loi qui valide le contrat*, que cette loi soit la loi du lieu de conclusion, celle du lieu d'exécution, la loi choisie par les parties ou toute autre loi (3). Même si ce curieux type de solution était l'expression du droit positif américain, il n'en demeure pas moins que le rejet aux Etats-Unis comme dans les systèmes qui l'admettaient traditionnellement (4), de la compétence — à titre de rattachement indépendant — de la loi du lieu de conclusion, en matière de licéité du contrat (5), montre combien la nécessité de soumettre le contrat dans tous ses éléments à un régime unique est un principe général. Mais si le droit international privé comparé paraît être en accord sur ce point, la compétence de principe de la loi du contrat semble être remise en question par les solutions adoptées par le droit anglo-saxon relativement non plus à la loi du lieu de conclusion du contrat mais à celle du lieu d'exécution de ce contrat.

(1) Par. 334 C (1) du Second Restatement, qui excepte cependant le cas de l'usure, qui est spécialement visé par le paragraphe 334-d. V. également, le rôle de la loi du lieu d'exécution, *infra*, note 1 p. 39.

(2) A. EHRENZWEIG, « Contrats in the Conflict of Laws » *Columbia Law Review* 1959, vol. 59, p. 973.1025, spec. 974 et s. et 1024. — V. également, *A Treatise on the Conflicts of Laws*, 1962, p. 495.

(3) Au contraire, selon ce même auteur, le contrat serait annulé par la *lex fori* dès que l'Etat du for aurait un « intérêt politique » à faire respecter. Pour un essai de construire toute une théorie des conflits de lois sur la notion de *governmental interests*, v. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963 et « Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws », *Duke Law Journal*, 1959.171 et s. Cf. la critique de KEGEL, *The Crisis of Conflicts of Laws, Rec. Cours La Haye*, 1964, vol. 2, p. 97 et s.

(4) Cf. pour les autres pays, RABEL, t. II, p. 397 et s. et p. 535 et s.

(5) Il est évident que la loi du lieu de conclusion pourra être compétente au titre de loi contractuelle : V. par exemple, dans la jurisprudence anglaise, *Quarrier/Colston* (1842) 1 Ph. 47 ; *Saxby/Flitton* (1909) 2 KB.208 ; *The Torni* (1932) P.78.CA, ou dans la jurisprudence italienne, Cass. 14 juin 1957, *Barrow Lane/Ditta Mondello Nestler*, *Riv. dir. int.*, 1958.458, par application des dispositions de l'art. 25 des Dispositions préliminaires du Code civil italien, selon lequel le contrat passé entre parties de nationalité différente est régi par la loi du lieu de conclusion.

C. — LA COMPÉTENCE DE LA LOI DU LIEU D'EXÉCUTION EN DROIT ANGLO-SAXON.

49. — En droit anglais, et dans une moindre mesure, en droit américain (1), la licéité (2) du contrat est appréciée non seulement au regard de la loi du contrat, mais également au regard des dispositions de la loi du lieu d'exécution.

De nombreuses décisions (3) ont ainsi déclaré « *invalid and unenforceable* » des contrats, qui étaient valables, selon la « *proper law of the contract* », mais illégaux (4) selon la loi du lieu d'exécution. Si le principe paraît être bien établi en Angleterre (5), il n'est pas pour autant unanimement accepté par la doctrine anglaise (6), et a

(1) Le premier Restatement avait retenu non seulement la compétence de la loi du lieu de conclusion, mais également celle du lieu d'exécution, pour apprécier la licéité du contrat (Par. 360). On a soutenu que le Second Restatement avait renoncé à cette double compétence. Mais c'est inexact dans la mesure où, si l'effet de l'illégalité est effectivement déterminé par la loi applicable au contrat (Par. 334-c (1), son existence est, en revanche, déterminée par la loi du lieu où le contrat doit être exécuté (Par. 334 C (2)).

(2) Il faut remarquer que la loi du lieu d'exécution n'est compétente que pour apprécier la licéité du contrat et non la validité de celui-ci en général (*essential ou substantial validity*), qui reste exclusivement soumise à la loi du contrat. Sur la notion d'« *essential validity* », v. Colocassides, « La validité intrinsèque des contrats dans le droit anglais des conflits de lois. Etude terminologique », *Rev. crit.*, 1950.529.537.

(3) *Jacobs/Crédit Lyonnais* (1884) 12 Q.B.D. 589; *Ralli Bros/Companiera Naviera Sota y Azuar* (1920) 2 K.B. 387; *De Beech/South American Stores* (1935) A.C. 148; *Saint Pierre/South American Stores* (1937) 3 All.E.R. 349; *Rex/International Trustee of Bondholders* (1937) A.C. 500, D.P., 1937.2.73, note Hamel; *Katler/Midland Bank* (1950) A.C. 24; *Campos/Kentucky and Indian Terminal Railroad Company* Q.B.D. 29 mai 1962, *Clunet*, 1965.462. — Adde les décisions citées par MANN, « Proper Law and Illegality in Private International Law », B.Y.B.I.L. 1937.107 à 113.

(4) La compétence de la loi du lieu d'exécution est retenue, que l'illicéité existe ou non au moment de la conclusion du contrat, qu'elle soit temporaire ou permanente. V. sur ces points, WOLFF, *Private International Law*, 1950, 2^e éd., p. 444.

(5) V. GRAVESON, *The Conflict of laws*, 1955, 3^e éd., p. 205 et s., « The proper law of commercial contracts in the English Legal system » in *Lectures...* 1951, p. 29 et s.; WOLFF, *Private International law*, 1950, 2^e éd., p. 444; DICEY-MORRIS, *Conflict of Laws*, 1948, 7^e éd., règle 788. La fermeté du principe résulte des termes mêmes employés par les magistrats. Lord Scrutton parle, en effet, dans l'affaire *Ralli Brothers...* préc., d'un principe, *too well established now to require further discussion...* V. également Lord WRIGHT, in *Rex/International Trustee*, préc. : *The well known proposition that English Court will not enforce a contract where performance of that contract is forbidden by the law of the place where it must be performed.*

(6) MANN, « Proper law and Illegality in Private international law », B.Y.B.I.L. 1937.107 et s.; CHESHIRE, 1961, 6^e éd., p. 245; WOLFF, 1950, 2^e éd., 244 (plus nuancé cependant).

subi les critiques de la doctrine étrangère (1), à juste titre, semble-t-il.

50. — On peut en effet se demander si l'appréciation de la licéité du contrat par l'application cumulative de la loi du contrat et de la loi du lieu d'exécution n'est pas de nature à remettre en cause le principe même de l'existence d'une « *proper law of the contract* ». Dès lors que l'on décide que celle-ci a, « *the most real connection with the contract* », pourquoi faut-il que, dans tous les cas (2), le contrat soit également licite au regard de la loi du lieu d'exécution ? Les magistrats anglais justifient cette solution par l'idée de *courtoisie internationale* (*comity*). En vertu de ce principe, les tribunaux anglais ne pourraient collaborer à la violation des lois impératives des autres Etats (3) et devraient en conséquence refuser toute force obligatoire aux contrats qui ne les respecteraient pas. Mais cette justification relève, à notre avis, d'une conception dépassée de la règle de conflit (4). La notion de courtoisie internationale, pas plus qu'elle ne justifie l'existence d'une règle de conflit unique conduisant à l'application de la loi étrangère, ne justifie la mise en œuvre d'une double règle de conflit (5).

51. — La solution admise par la jurisprudence anglaise ne repose-t-elle pas plutôt sur une confusion entre la licéité du contrat et les « modalités d'exécution » du contrat ? Nous verrons (6), en effet, que les modalités d'exécution sont soumises dans les pays anglo-saxons, comme en Italie d'ailleurs, par un rattachement propre à la loi du lieu d'exécution. Une conception hypertrophique de la notion de modalités d'exécution a conduit la jurisprudence à étendre cette solution à des matières qui touchaient incontestablement

(1) LORENZEN, *Selected Articles on the Conflict of Laws*, p. 294 ; BEALE, *A Treatise*, t. I, p. 1228 ; FALCONBRIDGE, *Conflict of laws*, 2^e éd., p. 391 et s. ; RABEL, t. II, p. 537 et s. ; FOSTER « Some Defects in the English Rules of the Conflict of laws », B.Y.B.I.L. 1935.91 et s. ; CANSACCHI, « Modalità di pagamento e » *lex loci solutionis* », *Giur. comp. dir. int. priv.*, vol. IV, p. 279 ; DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé*, thèse, Paris, 1904, p. 359 ; RAAPE, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Berlin, 1939.II.285 ; *Contra*, WENGLER « Die Anknüpfung der zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941.168, B.Y.B.I.L., 1937.218.

(2) On verra dans la seconde partie de ce travail que les règles prohibitives du lieu d'exécution doivent, dans certains cas, être prises en considération, bien que la loi en vigueur du lieu d'exécution ne soit pas la loi du contrat (v. *infra*, n^{os} 299 et s., n^{os} 324 et s.).

(3) V. RABEL, t. II, 1960.537.

(4) V. au contraire, de nos jours, l'incidence de l'idée de *coopération internationale* sur le règlement des conflits de lois, *infra*, n^o 185, n^{os} 223 et s.

(5) On perçoit davantage l'impraticabilité du système, lorsque l'exécution est localisée dans plusieurs pays.

(6) V. *infra*, n^{os} 117 et s.

blement la substance du contrat (1), et à admettre que la loi du lieu d'exécution pouvait constituer un empêchement d'exécution (2). C'est pourquoi on peut se demander si l'appréciation de la licéité du contrat en fonction de la loi du lieu d'exécution ne relève pas d'une confusion entre la formation et l'exécution du contrat ou plus exactement entre « *illegality of contracting* » et « *illegality of performance* » (3) dont les limites sont assez difficiles à tracer (4). En réalité, bien que les arrêts anglais associent les deux expressions, le contrat n'est pas « *invalid* » (5), mais il est « *unenforceable* » parce qu'« *illegal to perform* » (6). La notion de contrat en droit anglo-saxon, presque exclusivement orientée sur l'exécution de celui-ci (7), et une certaine conception anglo-saxonne du droit international privé, expliquent le rôle joué par la loi du lieu d'exécution. Si on admet, en effet que les tribunaux anglais ne font pas réellement application des lois étrangères, mais ne font que valider (*enforce*) les droits acquis sous l'empire d'une loi étrangère, la *lex loci solutionis*, par ses dispositions impératives, s'oppose précisément à ce qu'il y ait un droit acquis ; de plus, seule la *lex fori* a le pouvoir de désigner les droits qui peuvent être ainsi reconnus (8).

52. — On peut en conclure que si la jurisprudence anglaise admet qu'il est impossible d'« *enforce* » un contrat illicite au lieu d'exécution, bien que valable au regard de la loi du contrat, ce n'est pas en vertu d'une règle de conflit soumettant la licéité du contrat à la double compétence de la *proper law* et de la *lex loci solutionis*, mais par l'application d'une règle de droit interne anglais, selon laquelle un contrat passé en vue d'accomplir un acte illégal est impossible à exécuter (*frustration*) (9). Cette solution, en effet, n'a été donnée que

(1) Cette conception hypertrophique est critiquable dans la mesure où le fondement donné à ce rattachement n'est pas valable pour toutes les matières couvertes par cette notion. Nous verrons, en effet (*infra*, n° 124) qu'on ne peut sans contradiction faire entrer dans une même catégorie, les aspects mineurs de l'exécution et les dispositions qui relèvent de la notion de lois de police (Sur cette notion, v. *infra*, n°s 182 et s.).

(2) V. *infra*, n°s 145 et s.

(3) V. BEALE, *A Treatise*, t. II, p. 1228 : « *The distinction between illegality of the contract itself and illegality of performance is a very difficult one to draw, like that between the obligation and the performance of a contract in other respects.* »

(4) V. à cet égard la remarque du Tribunal fédéral Suisse dans l'arrêt *Chevalley*, cité *supra*, n° 47.

(5) V. la critique de cette expression par WOLFF, 2^e éd., 1950, p. 445.

(6) V. RABEL, t. II, 1960, p. 538 et s.

(7) Le droit anglais, comme le droit romain, n'admet l'existence de droits que sanctionnés par une action.

(8) BEALE, *A treatise*, t. III (1935), p. 1908 et s. ; DICEY, *Conflict of Laws*, 1927, 4^e éd., p. 19 et s., p. 27.

(9) CHESHIRE, 6^e éd., 1961, p. 246 ; FALCONBRIDGE, 2^e éd., p. 389 à 394, spec. p. 392 ; MANN, « *Proper Law and Illegality in Private International Law* », 18 B.Y.B.I.L. (1937) 97, 107, 113 et « *Illegality and the Conflict of Laws* », *The*

lorsque la loi anglaise était la *proper law of the contract* (1); elle ne l'a jamais été lorsque la *proper law* et la *lex loci executionis* étaient toutes deux des lois étrangères (2). On voit d'autant mieux qu'il ne s'agit pas d'une véritable annulation du contrat par la loi du lieu d'exécution, que les conséquences de cette « nullité » ne sont pas déterminées par la loi du lieu d'exécution, mais par la loi du contrat (3); or, en principe, la loi qui régit les effets de la nullité d'un acte est celle qui édicte la nullité de cet acte, c'est-à-dire celle de la condition violée (4).

53. — Il semble donc, qu'en dépit d'exceptions apparentes, l'appréciation de la licéité du contrat en fonction de la loi contractuelle soit un principe commun de droit international privé des contrats (5). Toutefois, ce principe n'a pas paru s'imposer à l'égard de toutes les clauses contractuelles insérées dans le contrat; aussi convient-il de voir si des raisons valables justifient éventuellement un rattachement différent de ces clauses sur le plan international.

§ 2. — Difficultés d'application du principe à certaines clauses contractuelles insérées dans le contrat

54. — Logiquement, le principe de la compétence de la loi contractuelle en matière de licéité du contrat, doit s'étendre à l'appréciation de la validité des clauses insérées dans le contrat,

Modern Law Rev. 1958.130; MORRIS, « The Eclipse of the *lex loci solutionis*, A fallacy Exploded, 6 *Vanderbilt Law Rev.*, 1952-53, p. 505 à 532 spec. p. 508; MEZGER, *Nouv. Rev.* 1937, p. 527 et 531.

(1) Lorsque la loi du contrat était une loi étrangère, les tribunaux ont parfois fait intervenir l'ordre public; v. *Foster/Driscoll* (1929) 1 K.B. 470.

(2) Ceci explique d'ailleurs la solution adoptée dans l'arrêt *Mount Albert Borough... Giur. comp. dir. int. priv.*, vol. IV, 1943.120, note de Nova (La sfera d'applicazione rispettiva della *lex contractus* e della *lex executionis*). La Cour avait refusé d'appliquer la loi australienne du lieu d'exécution, au paiement fait en exécution d'un contrat soumis à la loi néo-zélandaise. Les juges ayant fait remarquer que la loi australienne n'était pas prohibitive, car elle prévoyait seulement une réduction des intérêts, la décision avait été critiquée (v. de Nova, *loc. cit.*) car il était incontestable qu'en vertu de cette loi australienne, toute convention tendant à obtenir des intérêts supérieurs était nulle. Mais il semble que le refus de tenir compte de la loi du lieu d'exécution soit fondé sur le fait que le contrat n'était pas régi par la loi anglaise mais par une loi étrangère.

(3) V. sur ce point WOLFF, 2^e éd., 1950, p. 445.

(4) V. cependant l'opinion contraire soutenue par G. De LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullité (du droit interne au droit international privé)*, Paris, Dalloz, 1967, 270 p. (L'auteur estime que la loi applicable aux effets de la nullité n'est pas la loi de la condition violée mais celle de l'acte entaché de nullité).

(5) Sur la remise en question de ce principe par suite du développement des lois de police économique et sociale (v. *infra*, n^{os} 175 et s).

avec lequel elles forment apparemment un tout indissociable. L'équilibre du contrat nécessite, en effet, qu'un même système soit applicable à tous ses éléments. Admettre un rattachement différent de certains éléments du contrat paraît se heurter non seulement au principe de l'unité du contrat en droit interne, mais également à l'existence d'une loi applicable au contrat en droit international privé.

55. — Le morcellement du contrat résulte parfois de la volonté des parties. Celles-ci choisissent telle loi pour régir une partie de leur contrat, en adoptent telle autre, pour une autre partie de ce même contrat. La faculté de morceler ainsi le régime du contrat sur le plan international (1) a été contestée avec juste raison, aussi doit-elle être limitée aux seules dispositions supplétives de la loi applicable au contrat dans son ensemble (2). La soumission d'une clause particulière du contrat à une loi différente de celle qui est applicable au contrat s'analyse alors comme une stipulation purement contractuelle, *incorporée* au contrat (3), et ne peut être considérée comme une amputation du domaine de la loi contractuelle.

56. — Mais ce n'est pas seulement sur le terrain de l'étendue de l'autonomie des parties que le problème se pose ; il se pose également en dehors de tout morcellement exprès du contrat par les parties. On s'est demandé, en effet, si certaines clauses, du fait même de leur *autonomie* par rapport au *contrat principal* ou des intérêts qu'elles mettaient en jeu, ne pouvaient pas ou ne devaient pas être soumises à une *loi différente* de la loi applicable au contrat. Le caractère spécifique de ces clauses légitimerait ainsi un rattachement propre de celles-ci sur le plan international.

Cette idée a fait son apparition dans la jurisprudence (4) relative

(1) Cf. BATIFFOL, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o Contrats et Conventions, n^{os} 38 et s.

(2) HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im IPR*, 1931.62. Mais il faut reconnaître que, même limité aux dispositions supplétives de la loi applicable au contrat, cet « échantillonnage » de lois faisant figure de clauses contractuelles résultant de la référence à de multiples systèmes juridiques par les parties, n'est pas de nature à simplifier la réglementation du contrat sur le plan international. Les possibilités de contradiction seraient encore plus graves si cette faculté était également laissée aux contractants dans les matières impératives. A quel système faudrait-il alors se référer pour trancher ces difficultés ?

(3) Voir par exemple, l'affaire *Vita Foods...* soumise au Conseil Privé, le 30 janvier 1939 (*Nouv. Rev.*, 1942.420, note Mezger). Les parties qui avaient soumis un contrat de transport maritime à la loi anglaise s'étaient également référées au *Harter Act* américain, et à la loi canadienne de 1910 sur le transport de marchandises par mer. Lord Wright admit que ces deux dernières lois étaient incorporées au contrat, soumis par ailleurs à la loi anglaise.

(4) Un exemple plus caractéristique pourrait être trouvé dans la jurisprudence relative aux clauses monétaires ; leur validité n'est pas en effet appréciée au regard de la loi du contrat. Mais en réalité le fondement de ces solutions est sans rapport avec une éventuelle autonomie des clauses monétaires par rapport au contrat principal (v. *infra*, n^{os} 335 et s.).

aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (A), plus particulièrement en matière de transport maritime de marchandises, mais il semble qu'en ce domaine, on soit revenu à des solutions plus raisonnables. Cependant il ne paraît pas inutile d'y consacrer quelques développements, car on se trouve à la limite du problème du rattachement particulier des matières impératives (1) et de celui du rattachement propre de certaines clauses contractuelles en raison de l'autonomie qu'elles paraissent avoir à l'égard du contrat principal. Nous nous attacherons ensuite aux clauses dont l'autonomie paraît plus évidente, à savoir la clause compromissoire (B) et la clause de prorogation du for (C). Il conviendra alors de rechercher si leur validité s'apprécie en fonction de la loi applicable au contrat principal, ou si un rattachement propre est plus adéquat.

A. — LES CLAUSES DE RESPONSABILITÉ.

57. — C'est principalement en matière de transport maritime que la jurisprudence a eu à se prononcer sur le rattachement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sur le plan international. On pourrait penser à première vue que la relative abondance de décisions et la variété des solutions qui ont été admises reposent sur la spécificité de la responsabilité contractuelle en matière de transport maritime, puisque celle-ci résulte d'un événement distinct et éventuel, dont la survenance est indépendante de la volonté des parties au contrat et *a fortiori* du destinataire, tiers bénéficiaire du contrat. Néanmoins, quelle que soit l'origine du dommage, celui-ci entraîne l'inexécution des obligations du transporteur et donc une responsabilité de nature contractuelle. En définitive, la remarque faite précédemment s'expliquerait plutôt par le fait que c'est principalement en matière de transport que les droits internes ont tendance à limiter la liberté des parties de se décharger ou de réduire leur responsabilité contractuelle. C'est pourquoi, malgré leur caractère spécifique les décisions de la jurisprudence rendues en cette matière pourraient être de portée générale.

58. — Si les premières décisions rendues en matière de clauses limitatives de responsabilité (2) avaient retenu la compétence

(1) V. *infra*, nos 193 et s. et nos 269 et s. La question sera néanmoins étudiée ici, car il nous paraît que les raisons qui commandent éventuellement « un rattachement spécial » des dispositions impératives, ne sont nullement valables en ce qui concerne les clauses de responsabilité, ce, malgré les conceptions nouvelles introduites par la loi du 18 juin 1966 (v. *infra*, n° 253 et nos 290 et s.).

(2) Cass. 23 février 1864, D.P., 1864.1.166, S., 1864.1.385 (la loi du contrat étant la loi du lieu de conclusion) ; Civ., 7 août 1878, S., 1878.1.471 ; Req. 12 novembre 1918, S., 1920.1.29. Adde les décisions citées par H. Batiffol, *Contrats* p. 415, note 1).

de la loi du contrat, l'arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 1910 (1), qui devait poser le principe de la soumission du contrat à la loi expressément ou implicitement adoptée par les parties, paraît cependant écarter celle-ci pour apprécier la validité de la clause de responsabilité insérée dans le contrat.

Il s'agissait en l'espèce d'un transport de sacs de farine de New York à Pointe-à-Pitre. A l'arrivée, la marchandise étant avariée par suite d'un défaut d'arrimage, la *Québec Steamship Company*, transporteur et propriétaire du navire, se prévalait de l'exonération des fautes du capitaine stipulée au connaissement délivré à New York. L'*American Trading Company* soutenait que la clause d'exonération était nulle en vertu de la loi américaine du lieu de conclusion (*Harter Act* de 1893) (2), applicable au contrat de transport. La Cour d'appel, comme la Cour de cassation, estima au contraire que la clause d'exonération de responsabilité était valable, pour des motifs assez équivoques, il est vrai.

En effet, malgré l'apparente fermeté du principe énoncé, on est bien en peine de savoir à quelle loi était soumis le contrat, et à quelle loi la clause elle-même était soumise, ou même si celle-ci était réellement soumise à une loi. On estime, en général, que, bien que la loi américaine ait été reconnue applicable au contrat de transport, la nullité de la clause de responsabilité en vertu de cette loi avait été écartée, parce que la clause était *valable selon la loi française du lieu d'exécution*. L'arrêt aurait ainsi, sans toutefois le justifier, admis que la clause de responsabilité insérée dans un contrat obéissait à un rattachement propre.

59. — Mais il semble que cette interprétation soit inexacte. Pour mieux s'en convaincre, il n'est pas inutile de voir de plus près l'enchaînement des motifs de l'arrêt : « Attendu... que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les *parties ont adoptée* ; que si, entre personnes de nationalités différentes, la *loi du lieu où le contrat est intervenu, est en principe* celle à laquelle il faut s'attacher, *ce n'est qu'autant que ces contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire* ; que non seulement cette manifestation peut être *expresse*, mais qu'elle peut *s'induire des faits et circonstances de la cause* ainsi que des termes du contrat ; — Et attendu qu'il est déclaré par l'arrêt attaqué que lorsque l'*American Trading Company* a donné son adhésion à la clause par laquelle la *Quebec Steamship* s'exonérait de la responsabilité des *fautes* de son capitaine, *elle n'ignorait pas que cette clause devait être exécutée*

(1) Civ. 5 décembre 1910, S., 1911.1.129, note Lyon-Caen, *Clunet*, 1912.1156, *Rev. crit.*, 1911.395.

(2) L'*American Trading Company* soutenait que la loi du lieu de conclusion devait s'appliquer conformément à la règle *locus regit actum*.

sur le territoire français où elle est considérée comme licite ; que l'arrêt ajoute que, s'il avait été convenu entre les parties que leurs accords seraient régis par l'Act du Congrès des Etats-Unis du 13 février 1893, il résulte de l'esprit et des termes mêmes de leur convention, que dans leur commune intention, *elles n'entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la charte-partie* » (1).

Si la Cour de cassation a pris la peine de dire que le principe de la compétence de la loi du lieu de conclusion pouvait s'effacer devant la volonté implicite des parties, il semble que cela ait été dans le but d'en tirer des conséquences. A notre avis, précisément, la Cour (2) induit la volonté des parties de soumettre le contrat, ou du moins la clause, à la loi française, du fait que celles-ci *n'ignoraient pas* que cette clause était valable en France, où elle devait être exécutée. Autrement dit, les parties n'ont pu *raisonnablement* choisir une loi autre que celle qui validait la clause d'exonération de responsabilité des fautes du capitaine (3). Aux termes de cette interprétation, le contrat comme la clause de responsabilité seraient soumis à la même loi, c'est-à-dire à la *loi française*.

Cette interprétation se trouve cependant remise en question par les derniers motifs de l'arrêt qui laissent penser que si le contrat était régi par la loi américaine (4), *la clause ne se trouvait, au contraire, soumise à aucune loi*, et l'on retombe alors dans les errements de l'autonomie de la volonté poussée à l'extrême. Il serait en définitive impossible de se prononcer sur le véritable sens de la décision quant au morcellement du contrat, et mieux vaut-il n'en retenir que le principe énoncé et non l'application qui en est faite.

60. — Le problème de la validité de la clause de responsabilité insérée dans un contrat international, devait se trouver modifié en matière de transport maritime, par la loi du 2 avril 1936 qui réglementait le transport de marchandises sous connaissance, ainsi que par la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 relative au transport international de marchandises, partiellement reproduite dans la loi de 1936 (5). Si la Convention de Bruxelles a supprimé

(1) *Rev. crit.*, 1911.398.

(2) Plus exactement, la Cour de cassation reprend les motifs de la Cour d'appel, ce qui laisse penser qu'elle considère le problème du choix de la loi applicable au contrat comme une question de fait.

(3) On retrouve ici les doutes exprimés par SAVIGNY (*Droit Romain*, t. VIII, p. 273) sur la possibilité d'annuler un contrat par application de la loi choisie par les parties (v. *supra*, note 3, p. 14).

(4) On peut, cependant, se demander s'il s'agit bien d'une hypothèse ou d'une réalité.

(5) Ces dispositions sont en principe limitées au seul cas du transport maritime fait sous connaissance. — V. sur les effets de la coexistence d'un connaissance et d'une charte-partie, v. RODIÈRE, *Droit maritime*, Dalloz 1963, n° 382.

tout problème de conflit de lois dès que le connaissance était créé dans l'un des Etats signataires de la Convention (1), celui-ci subsistait dans les autres cas (2). Mais le caractère d'*ordre public*, non seulement *interne* mais *international* attribué par la jurisprudence à la loi de 1936 (3), tendait à exclure le transport maritime du domaine des conflits de lois, exclusion tout d'abord limitée aux clauses de responsabilité contractuelle insérées dans un connaissance. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle refusé dans un arrêt du 21 février 1950 (4) de donner effet à une clause limitative de responsabilité (5) stipulée dans un contrat de transport entre la Chine et l'Indochine, au motif que « quelle qu'ait été la loi sous l'emprise de laquelle les parties avaient entendu contracter, quelle qu'ait été la valeur de leur convention au regard de cette loi, les tribunaux français ne pouvaient donner effet à cette convention conclue à l'étranger, qu'autant que celle-ci n'était pas comme en l'espèce, contraire à l'ordre public français » (6). On peut se demander si le caractère impératif en droit interne de la loi de 1936 devait conduire à une intervention aussi large de l'ordre public international (7). La solution (8) aurait pu, il est vrai, trouver sa

(1) Sur cette question, v. *infra*, n° 253.

(2) Com. 15 juin 1959 et sur renvoi Bordeaux, 23 juin 1960, D.M.F., 1960.674. Cette affirmation nécessiterait évidemment des nuances, qu'il est impossible d'apporter ici. Voir sur ce point, RODIÈRE, *Droit maritime*, Dalloz, 1963, n° 392 et 393 ; DELAUME, *Rev. crit.*, 1950.212 et s., note sous Paris 2 novembre 1949.

(3) Sur l'usage abusif de ce procédé par la jurisprudence pour justifier l'application de la loi française quels que soient les éléments d'extranéité en cause, v. *infra*, n°s 246 et s., n°s 248 et s.

(4) Cass., 21 février 1950, *Cie des Messageries Maritimes/Cie d'Assurances générales et autres*, *Rev. crit.*, 1950.427, note Delaume, D., 1950.557, note Ripert.

(5) La clause limitait la responsabilité du transporteur à 1 000 F. par colis, alors que le minimum légal est de 8 000 F par colis, dans la loi du 2 avril 1936 (art. 5).

(6) *Rev. crit.*, 1950.428.

(7) V. les critiques de M. DELAUME, *Rev. crit.*, 1950.215, qui souligne combien cette solution risque de paralyser inutilement la vie internationale.

(8) Cette solution n'est d'ailleurs pas isolée. Aux Etats-Unis, par exemple, le *Harter Act* de 1893, comme le *Carriage of Goods by Sea Act* de 1936, qui reproduit les dispositions de la Convention de Bruxelles de 1924, ont été déclarés d'ordre public, pour tous les transports au départ ou à destination des Etats-Unis. (V. A.K. KNAUTH, « Renvoi and other conflicts problems in transportation law », 49 *Columbia Law Rev.*, 1949, p. 1 et s., spéc. 12). — En Hollande, également le Hoge Raad, 12 déc. 1947, *Nederlandse Jurisprudentie* 1948, n° 008, a annulé en vertu des articles 470 et 517 d. du Code de commerce néerlandais, la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport, bien que celui-ci fut soumis à la loi anglaise. En vertu de ces textes, la clause exonératoire de responsabilité devait être annulée dès qu'il s'agissait d'un transport en provenance ou à destination d'un port néerlandais, quelle que soit la loi applicable au contrat de transport. La loi néerlandaise a par la suite atténué ces conditions : la clause exonératoire peut être valable même si le transport se fait à destination de la Hollande, lorsque le port de départ admet la validité d'une telle clause. — En revanche, la loi yougoslave relative au transport maritime du 13 juin 1959 (*Rev. crit.* 1961.619) s'applique en matière de responsabilité, dès que le port de

justification dans le fait que la loi française était applicable au lieu de destination, c'est-à-dire en Indochine. Il se serait agi, alors, d'une solution équivalente à celle de l'arrêt du 5 décembre 1910, la différence résidant dans le contenu de la loi du lieu de destination.

61. — Cependant la dissociation des lois applicables au contrat de transport maritime, et à la clause de responsabilité contractuelle par suite du caractère d'ordre public de la loi de 1936 semble s'être atténuée par la suite. Dans les arrêts postérieurs, la loi française est reconnue applicable au contrat de transport dans son entier (1), non pas d'ailleurs, en raison du caractère impératif de la loi de 1936, mais parce qu'elle correspondait aux éléments localisateurs du contrat (2). Un arrêt de la Cour de Paris (3) admit ainsi la nullité d'une clause d'exonération de responsabilité du transporteur en cas d'incendie, en vertu de la loi française applicable au contrat de transport (4). Il semble donc, que dans le dernier état de la jurisprudence, la licéité de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité ne soit plus soumise à un rattachement propre, mais appréciée en fonction de la loi applicable au contrat qui la contient (5), et la loi du 18 juin 1966 qui modifie le système de désignation de la

chargement ou de déchargement est situé en Yougoslavie. On retrouve le même genre de solution dans la jurisprudence italienne qui applique l'art. 1341 du Code civil italien, qui exige l'approbation écrite de toute clause particulièrement onéreuse pour une partie, à la clause d'exonération de responsabilité contenue dans un contrat soumis à une loi étrangère (Cass. ital. 24 avril 1962, *Riv. dir. int.*, 1964.178). (Sur l'analyse de ce procédé de réglementation, v. *infra*, la notion de « loi d'application immédiate », nos 251 et s.).

(1) Cass. (Co. et fi.), 7 juillet 1954, *Rev. crit.*, 1955.129, note Jambu-Merlin, J.C.P., 1955.II.8465, note De Juglart; Cass., 14 oct. 1957, *Rev. crit.* 1957.684, note Mezger, D., 1958.333, note Jambu-Merlin. L'arrêt exclut notamment la compétence de principe de la loi du lieu de conclusion, qui paraissait, jusque-là, être la règle générale en matière de transport maritime. Cass. 10 novembre 1959, D.M.F., 1960.141, Paris, 27 novembre 1959, D.M.F., 1960.223, Paris, 6 mai 1960, D., 1960.519, note Chauveau.

(2) Mais, dans la plupart des décisions, l'intention d'éliminer, au profit de la loi française, la solution de conflit longtemps admise, à savoir la compétence de la loi du lieu de conclusion, est manifeste.

(3) Paris, 16 juin 1959, D., 1960.209, note Rodière, *Rev. crit.*, 1960.72, note Jambu-Merlin.

(4) Il faut remarquer cependant, que le problème se posait de façon légèrement différente, car il y avait à la fois un connaissance et une charte-partie. V., sur ce point, JAMBU-MERLIN, *Rev. crit.*, 1960.79 et s.

(5) La compétence de la loi du contrat a été admise en Angleterre, dès 1865, dans un arrêt *Shand/Peninsular Company*, cité par M. BATIFFOL, *Cours I.H.E.I.*, 1961-62, T. I, p. 16; dans le même sens, *In re Missouri Steamship Company* (1889) 42 ch. D., 321; *Vita Foods ... Nouv. Rev.*, 1942.420, note Mezger (la licéité de la clause ne se posait qu'au second degré car elle dépendait de la validité du connaissance qui ne contenait pas les énonciations exigées par la loi du lieu de conclusion). V. au Danemark également, Trib. maritime et commercial du Danemark, 12 février 1957, *Clunet*, 1960.493.

loi applicable au contrat de transport maritime de marchandises (1), du moins lorsque le port de départ ou de destination est français (2), n'est pas de nature à entraîner un changement de solutions (3).

62. — Si la licéité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité insérées dans un contrat de transport maritime s'apprécie désormais en fonction de la loi applicable à ce contrat, le principe paraît également valable à l'égard de telles clauses qui seraient contenues dans d'autres contrats. La solution est en effet raisonnable. La responsabilité contractuelle (4), de même que les clauses contractuelles qui sont susceptibles de la modifier, dépendent de l'économie générale du contrat, et l'on ne peut sans artifice dissocier leur régime de celui du contrat dans lequel elles sont insérées, même sur le plan international. Ce lien entre la clause contractuelle et le contrat, est peut-être moins évident, — et la compétence de la loi du contrat moins certaine — lorsqu'il s'agit d'une clause compromissaire insérée dans un contrat international.

B. — LA CLAUSE COMPROMISSAIRE.

63. — L'importance prise par l'arbitrage dans le règlement des litiges relatifs aux contrats internationaux a déjà été évoquée (5), et il est un fait que, de plus en plus fréquemment, dès avant tout litige, lors de la conclusion du contrat, les parties conviennent de soumettre leurs différends éventuels à l'arbitrage (6). Bien que l'usage de la clause compromissaire soit ainsi très répandu dans les relations internationales, la validité de celle-ci (7), qui n'est pas admise de façon aussi large dans tous les systèmes législatifs, doit

(1) V. *infra*, n° 253 et n°s 290 et s., les développements consacrés à l'article 16 de la loi du 18 juin 1966.

(2) Auquel cas la loi française s'applique.

(3) Il faut cependant remarquer que parmi les lois étrangères qui procèdent comme la loi française de 1966 par délimitation de leur champ d'application, certaines ne le font parfois précisément qu'en ce qui concerne les clauses de responsabilité (V. notamment les lois néerlandaise et yougoslave citées *supra*, note 8, p. 47). Il en résulte une différence de rattachement sur le plan international du contrat lui-même et de ces clauses.

(4) V. *infra*, n°s 127 et s., les solutions adoptées en matière de responsabilité contractuelle.

(5) V. *supra*, n°s 1 et s.

(6) Sur les diverses institutions d'arbitrage, v. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international* (Préf. B. Goldman), Dalloz, 1965, 611 p., n°s 266 à 463.

(7) La validité de la clause compromissaire est évidemment subordonnée aux conditions générales de validité des conventions — indépendamment des conditions de forme non étudiées ici — mais, compte tenu de l'objet de cette convention particulière, l'aspect le plus spécifique de la matière réside dans la notion d'*arbitrabilité* du litige.

néanmoins être appréciée selon une règle de conflit (1). La question peut se présenter d'ailleurs dans des circonstances assez différentes : elle se posera naturellement à l'arbitre lorsqu'il statuera sur sa propre compétence ; elle se posera également devant les tribunaux étatiques chargés d'assurer la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale rendue ; elle peut se poser aussi, en dehors de tout arbitrage, lorsque l'une des parties, avant tout litige, souhaite voir prononcer la nullité de la clause compromissoire (2) ou lorsque le litige est porté directement devant les juridictions étatiques au mépris de la clause stipulée. Le caractère particulier des solutions admises par les juridictions arbitrales (3) nous conduit à limiter notre propos à la règle de conflit applicable à la validité de la clause compromissoire (4) devant les juridictions étatiques.

64. — Une solution logique paraît s'imposer à première vue : apprécier la validité de la clause compromissoire au regard de la loi applicable au contrat principal. La clause compromissoire est en effet une clause contractuelle accessoire au contrat, dont l'objet est, outre l'organisation d'un arbitrage, le règlement de contestations relatives au contrat. Ce lien certain entre le contrat, objet de la clause compromissoire, et la clause compromissoire elle-même, est cependant méconnu par deux courants d'opinion, qui vont à l'encontre de cette solution. Un premier courant, favorable à l'autonomie, ou plus exactement à l'indépendance de la clause par rapport au contrat principal, conclut à l'existence d'un rattachement particulier de la clause sur le plan international (5). Un second

(1) Le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 (*Rev. crit.*, 1924.26), tendait à reconnaître la validité de la clause compromissoire dans les contrats internationaux, en dehors de toute règle de conflit.

(2) Le tribunal de la Seine (7 juin 1956, *Rev. crit.*, 1956.683, note H. Batiffol, J.C.P., 1956.II.9460, note Motulsky, *Rev. trim. dr. com.*, 1957.506, obs. Lous-souarn), en avait admis la possibilité alors que les défendeurs soutenaient que seuls les arbitres pouvaient statuer sur leur compétence, mais la décision a été infirmée par la Cour de Paris, le 22 janvier 1957 (D., 1957.566, note Jean Robert). Pour certains, en effet, une action préventive en nullité de la clause compromissoire serait irrecevable en l'absence d'un litige portant sur le fond, faute d'intérêt du demandeur (V. dans ce sens, Jean ROBERT, *Arbitrage civil et commercial — Droit interne et droit international privé*, Paris, Dalloz, 1967, 4^e éd., 660 p., n^{os} 150, p. 192 et note au D., 1957, préc.). V. au contraire, favorables à une action préventive sans condition, MOTULSKY, note préc., J.C.P., 1956.II.9460 et RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage (nature juridique, droit interne et droit international privé)*, L.G.D.J., 1965, n^{os} 316 et s.

(3) V. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, préc. ; B. GOLDMAN, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Rec. Cours La Haye*, 1963, t. II, p. 347 et s., et du même auteur, V^o *Arbitrage*, in *Rép. Dalloz dr. int.*

(4) Il s'agit évidemment de la règle de conflit du for. V. l'imprécision de la Convention de Genève du 26 septembre 1927 (*Clunet*, 1931.1305), selon laquelle la validité de la clause s'apprécierait selon « la loi applicable ». Cf. IACCARINO, « Della legge applicabile ai compromessi e alle clausole compromissoria secondo il Protocollo e la Convenzione di Ginevra », *Il Foro Padano*, février 1960, n^o 2.

(5) V. *infra*, n^{os} 66 et s.

courant, d'ailleurs compatible avec le premier, estime nécessaire de tenir compte des effets de la clause compromissoire pour déterminer ce rattachement, et propose à cette fin diverses solutions : la compétence de la loi du tribunal évincé par l'attribution du litige aux juridictions arbitrales, celle du tribunal saisi de la sentence arbitrale rendue en vertu de la clause, ou bien encore, celle du siège arbitral (1).

La jurisprudence française s'est cependant, jusqu'en 1963, prononcée en faveur de la compétence de la loi contractuelle (1), mais depuis l'arrêt *Gosset*, rendu par la Cour de cassation le 7 mai 1963 (2), qui pose le principe de l'autonomie de la clause compromissoire sur le plan international, (2) la solution n'est plus aussi évidente. La validité de la clause tend à être appréciée indépendamment de tout système législatif (3). L'autonomie de la clause compromissoire sur le plan international doit-elle avoir de telles répercussions sur la loi applicable à la clause, ou même, doit-elle entraîner un rattachement particulier (3) ? C'est ce qu'il faudra rechercher après avoir évoqué les deux premiers points.

1. *La jurisprudence antérieure à 1963.*

65. — Dès 1930 (4), la jurisprudence française a admis que la validité de la clause compromissoire était soumise à la loi applicable au contrat principal. Deux arrêts de la Cour de cassation du 19 février 1930 (5) et du 27 janvier 1931 (6) retiennent en ces termes, la compétence de la loi du contrat : « ... les parties, même françaises l'une et l'autre, ont pu valablement dans un contrat conclu soit à l'étranger, soit en France, déroger aux dispositions de ce texte (art. 1006 Code de procédure civile), et se référer pour régir leurs accords à une loi étrangère, telle que la *loi anglaise*, admettant la validité d'une pareille clause » (7). On a généralement interprété d'une manière différente ces décisions. Elles auraient, par la référence faite dans un autre motif, aux « intérêts du commerce international », dégagé une règle spéciale à l'ordre international (8), règle selon laquelle

(1) V. *infra*, n°s 72 et s.

(2) Civ. 1^{re} 7 mai 1963, *Gosset*, *Rev. crit.*, 1963.615, note Motulsky, *Clunet*, 1964.82 ; note J. D. Bredin, J.C.P., 1963.II.13405, note Goldman ; D., 1963.545, note Jean Robert.

(3) V. *infra*, n° 71.

(4) V. cependant même avant cette date, Req., 8 décembre 1914, *Salles*, D.P., 1916.1.194 ; Cour de Douai, 23 oct. 1923, *Clunet*, 1924.389. Adde les décisions antérieures citées par EL KOCHER, in *La notion de contrat international*, thèse dact. Rennes, 1962, n°s 72 et 73.

(5) Cass., 19 février 1930, *Mardelé*, S., 1933.1.41, note Niboyet.

(6) Cass., 27 janvier 1931, *Dambricourt*, S., 1933.1.41, note Niboyet.

(7) S., 1933.42 et 43.

(8) Aussi a-t-on rapproché ces décisions de la jurisprudence relative à la validité des clauses monétaires insérées dans un contrat comportant un « règlement international », fondée sur le critère Matter.

la clause compromissoire serait toujours valable dans un contrat international. La même solution eût-elle été adoptée si la clause avait été nulle selon la loi anglaise applicable au contrat ? Cela est fort douteux. Il ne s'agit nullement, à notre avis, d'une règle matérielle spéciale à l'ordre international, mais d'une règle de conflit soumettant la validité de la clause compromissoire à la loi régissant le contrat principal. La référence aux intérêts du commerce international vise uniquement les conditions que doit remplir le contrat (1), pour être soumis aux règles de conflit de lois, et éventuellement, être régi par une loi étrangère (2). Autrement dit, le contrat, pour être qualifié de contrat international, et ainsi échapper aux règles prohibitives du droit interne par la soumission à une loi étrangère, doit présenter des éléments internationaux suffisamment sérieux (3). Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par les termes du jugement du Tribunal de la Seine du 7 juin 1956 (4), selon lequel la prohibition de la clause compromissoire en droit interne français cesse de s'appliquer lorsque le contrat, présentant un caractère international (5), est soumis à une législation étrangère qui admet plus largement que le droit français la validité de la clause compromissoire (6).

C'est également, par application de la loi anglaise applicable au contrat, qu'a été admise la validité de la clause compromissoire passée par l'Etat français, dans l'affaire *Myrtoon Steamship* (7), à tort d'ailleurs selon certains auteurs, s'il s'agissait d'une question de capacité (8). La compétence de la loi applicable au contrat principal est encore plus nette dans un arrêt rendu par la Cour de Paris

(1) On a cependant reproché à cette formule son caractère économique et non juridique.

(2) L'expression n'est d'ailleurs pas reprise dans un arrêt contemporain de ces derniers, qui adopte la même solution : Req., 4 juin 1934, *Bresson*, D.H., 1934.1.361.

(3) *Contra*, note Niboyet, S., 1933.41 et s.

(4) Seine, 7 juin 1956, *Eddie Constantine*, *Rev. crit.*, 1956.683, note Batiffol ; J.C.P., 1956.II.9460, note Motulsky ; *Rev. tr. dr. com.*, 1957.506, obs. Loussouarn.

(5) Le tribunal a estimé que le contrat conclu entre Eddie Constantine et deux producteurs de spectacles, étant un contrat interne, la clause compromissoire insérée dans un contrat mixte était atteinte de nullité. Comparer avec Paris, 26 octobre 1962, *Rev. crit.*, 1965.535, note H. B., cité *infra*, note 1 p. 53.

(6) *Rev. crit.*, 1956.685.

(7) Paris, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship*, J.C.P., 1957.II.10078, note Motulsky ; *Rev. crit.*, 1958.120, note Y. Loussouarn ; *Clunet*, 1958.1002, note B. Goldman ; D.M.F., 1957.467, note Le Clère. V. d'ailleurs dans le même sens, bien que postérieur à 1963, l'arrêt *San Carlo*, Cass., 14 avril 1964, D., 1964.637, note Jean Robert ; *Clunet*, 1965.646, note Goldman.

(8) V. en ce sens, MOTULSKY, note préc., J.C.P., 1957.II.10078 et LOUSSOUARN, note préc., *Rev. crit.*, 1958.127. La Cour de cassation a par la suite exprimé formellement que la faculté de l'Etat de compromettre ne soulevait pas un problème de capacité (Cass., 14 avril 1964, *San Carlo*, D., 1964.637, note Jean Robert, *Clunet*, 1965.646, note Goldman ; Cass., 2 mai 1966, *Galakis*, D., 1966.575, note Jean Robert, J.C.P., 1966.II.14798, note Philippe Ligneau, *Rev.*

le 26 octobre 1962 (1). Une coopérative agricole française soutenait que la clause compromissoire insérée dans le contrat de vente d'orge, conclu par elle avec une société allemande, était nulle en raison de l'interdiction, en droit interne français, de compromettre en matière d'acte mixte. Après avoir fait remarquer que cette interdiction n'était pas d'ordre public dans les rapports internationaux, la Cour déclare que la solution ne saurait résulter que de la loi applicable au litige, c'est-à-dire de la loi applicable au contrat (2). Celle-ci étant la loi allemande, — en raison du caractère particulièrement significatif de la localisation du contrat, de l'attribution du litige à une juridiction arbitrale allemande (3) —, la Cour de Paris admit la licéité de la clause compromissoire.

Toutes ces décisions traduisent le lien incontestable qui unit la clause compromissoire et le contrat. Cependant dès 1956, un jugement du tribunal de la Seine du 7 juin (4) laissait présager l'abandon de ce principe : ce n'est, en effet, disait le tribunal, qu'en absence de stipulation contraire » que « le contrat en général et la clause compromissoire en particulier » (5) sont soumis à une même loi. L'arrêt *Gosset* du 7 mai 1963 (6) devait renverser le principe et admettre « la complète autonomie juridique » de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Aussi, conviendra-t-il, avant de rechercher l'incidence de cette affirmation sur la loi applicable à la validité de la clause compromissoire, d'en rechercher les motifs.

2. L'autonomie de la clause compromissoire

66. — Reconnaître l'autonomie de la clause compromissoire insérée dans un contrat international a pour principal intérêt, non pas de conduire à un rattachement spécial de la clause, mais d'éviter que la nullité du contrat principal ne se répercute sur la clause

crit., 1967.553, note B. Goldman). Sans doute l'interdiction du droit français ne repose-t-elle pas sur une incapacité générale de contracter mais on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une *incapacité spéciale*, dans la mesure où elle est liée à la nature du contrat passé (compromis ou clause compromissoire). A ce titre, la compétence de la loi du contrat est concevable. Cette solution a été écartée par l'arrêt *Galakis* précité du 2 mai 1966, au motif que la prohibition du droit interne est sans effet dans les rapports internationaux (sur la légitimité en l'occurrence d'une telle solution, v. *infra*, p. 57 et s.).

(1) Cour de Paris, 26 octobre 1962, *Coopérative agricole de stockage et de vente de céréales de la région de Maise*/Getreide Import Gesellschaft, *Rev. crit.*, 1965.535, note H. B.

(2) *Rev. crit.*, 1965.536.

(3) La décision est particulièrement intéressante par le raisonnement tenu par la Cour de Paris, pour déterminer la loi applicable au contrat. V. sur ce point, la note Battifol, *Rev. crit.*, 1965.538 et s.

(4) Seine, 7 juin 1956, *Rev. crit.*, 1956.683 ; note Battifol, J.C.P., 1956.II.9460, note Motulsky, *Rev. tr. dr. com.*, 1957.506, obs. Loussouarn.

(5) *Rev. crit.*, 1956.686.

(6) V. *infra*, n° 68.

compromissaire insérée dans le contrat. En effet, même en cas de nullité du contrat principal, il reste néanmoins utile que les contestations relatives à ce contrat, qu'il s'agisse de déterminer les conséquences de la nullité ou même d'en constater l'existence, soient dévolues à la juridiction arbitrale conformément à la volonté des parties.

67. En droit interne français, la jurisprudence a admis la solidarité de la clause compromissaire et du contrat principal (1); la nullité du contrat entraîne donc la caducité de la clause compromissaire. S'il paraît en être de même en droit anglais (2), la plupart des systèmes sont, au contraire, favorables à l'indépendance de la clause compromissaire à l'égard du contrat principal (3). Il semblerait, a priori, que le problème de l'indépendance de la clause compromissaire insérée dans un contrat international, dans la mesure où il s'agit de déterminer l'influence de la nullité du contrat sur une clause contractuelle, dût être résolu sur le plan international par l'application des règles relatives aux *nullités partielles* contenues dans la loi applicable au contrat principal. Cette question relève, en effet, des effets de la nullité du contrat principal; or on sait que la loi du contrat applicable à la nullité du contrat régit également les effets de cette nullité. Si la loi du contrat admet que la nullité du contrat entraîne la nullité des clauses accessoires (dépendance), la clause compromissaire serait nulle, alors qu'elle ne serait pas atteinte par cette nullité lorsque la loi contractuelle reconnaît l'indépendance de la clause compromissaire à l'égard du contrat principal.

68. — Telle n'est pas, cependant, la solution adoptée par la jurisprudence française. La Cour de cassation, dans le célèbre (4)

(1) Com., 17 juillet 1951, J.C.P., 1952.II.7150, D. B.; Com., 6 octobre 1953, J.C.P., 1954.II.8293; S., 1954.I.149, note Jean Robert; Com., 14 octobre 1957, D., 1958.531, *Rev. arb.*, 1958.17; Com., 18 juin 1958, *Bull. civ.*, III, p. 108, n° 254; Com., 11 janvier 1960, J.C.P., 1960.II.11764.

(2) *Joe Lee/Lord Dalmeny and others* (1927), 1 Ch. 300, cité par KLEIN, « Du caractère autonome de la clause compromissaire notamment en matière d'arbitrage international », *Rev. crit.*, 1961, p. 499 et s., spéc. 509, note 5.

(3) Notamment, en droit suisse et en droit allemand, bien que ceux-ci adoptent des principes différents en matière de nullité partielle. V. sur ces points KLEIN, « Du caractère autonome... », *Rev. crit.*, 1961.501 et s.; MOTULSKY, note *Rev. crit.*, 1963.620; FORSIUSS, « L'indépendance de la clause compromissaire en droit suédois », *Rev. arb.*, 1955, n° 2, p. 16. Pour une évolution semblable aux Etats-Unis, v. l'arrêt de la Cour suprême du 12 juin 1967, *Rev. crit.*, 1968.91 et la chronique de M. MEZGER, « Vers la consécration aux Etats-Unis de l'autonomie de la clause compromissaire dans l'arbitrage international », *Rev. crit.*, 1968.25.

(4) M. MOTULSKY (*Rev. crit.*, 1963.617), parle à son propos « d'événement considérable », de l'ordre de « ceux qui contribuent à l'éclosion d'un ordre juridique international ».

arrêt *Gosset* du 7 mai 1963 (1) affirme que sur le plan international « l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclu dans l'acte juridique auquel il a trait, *présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles* qui ne sont pas alléguées en la cause, *une complète autonomie juridique*, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte » (2). Par cette affirmation de principe, malgré la réserve faite des « circonstances exceptionnelles » qui pourrait en atténuer la portée (3), la Cour résout le problème de l'autonomie ou de la dépendance au contrat principal, non pas, par la mise en œuvre d'une règle de conflit, mais par l'adoption d'une règle spéciale aux relations internationales, différente du droit interne français (4). Celui-ci n'avait d'ailleurs pas plus de titre de compétence que la loi italienne, — applicable à la procédure arbitrale —, qui admettait quant à elle, l'indépendance de la clause compromissoire.

La création de règles spéciales à l'ordre international n'est certes pas nouvelle (5) et l'on verra plus loin son développement considérable en matière d'arbitrage international, mais on peut se demander si elle est justifiée lorsqu'un problème peut être résolu par l'intermédiaire d'une règle de conflit. Cela pose évidemment un problème beaucoup plus général, celui de savoir si les relations privées internationales doivent être uniquement régies par des règles de conflit, ou si à côté de ces règles de conflit, expression d'une société internationale « imparfaite », il peut exister des *règles matérielles* particulières à l'ordre international, directement applicables sans l'intervention d'une règle de conflit. La question sera évoquée ultérieurement (6), mais il faut remarquer dès maintenant que, si l'on peut ne pas toujours approuver la création prétorienne de règles de ce type, dans la mesure où elles n'assurent pas davantage que les règles de conflit l'uniformisation des règles de droit, au contraire, peut-être faut-il accepter la solution consacrée par l'arrêt *Gosset* en matière de clause compromissoire. Et l'on peut d'ailleurs remarquer que l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal, souhaitable pour les raisons évoquées plus haut (7), reçoit l'approbation unanime de la doctrine (8).

(1) Civ., 1^{re}, 7 mai 1963, *Gosset*, *Rev. crit.*, 1963.615, note Motulsky ; *Clunet*, 1964.82, note J. D. Bredin ; J.C.P., 1963.II.13405, note B. Goldman. Adde, la jurisprudence postérieure citée *infra* note 6 p. 56.

(2) *Rev. crit.*, 1963.617.

(3) V. *infra*, n° 69.

(4) V. GOLDMAN, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », 1967, *Trav. com. fr. dr. int. privé*, 1966-1969, p. 119 et s.

(5) Sur ce phénomène « d'internationalisation », v. MOTULSKY, *Rev. crit.*, 1963.622.

(6) V. *infra*, note 4, p. 58, nos 71 et 77, n° 257.

(7) V. *supra*, n° 66.

(8) V. les vœux émis lors du Congrès international de l'arbitrage tenu à Paris en 1961, *Rev. crit.*, 1961.611. V. notamment KLEIN, « Considérations sur

69. — Cependant, l'arrêt *Gosset* laisse entendre que l'autonomie de la clause compromissoire ne saurait être que présumée (1). On peut, dès lors, se demander quelles « circonstances exceptionnelles » seraient de nature à renverser cette présomption ? (2) La Cour de cassation a-t-elle estimé que ces « circonstances exceptionnelles » existaient dans l'affaire *Halisco/Boussac*, puisque quelques jours après l'arrêt *Gosset*, la Chambre commerciale (3) rejetait le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 15 mai 1961 (4), qui avait prononcé la nullité du contrat principal, et, « par suite la nullité de la clause compromissoire qui y était insérée » (5) ? Cela est fort douteux, de même qu'il paraît inexact d'y voir une contradiction avec l'arrêt *Gosset*. En vérité, malgré l'expression employée, il semble qu'il ne s'agissait pas véritablement en l'espèce de « nullité » du contrat mais de la résiliation du contrat, prévue par les parties lors de la conclusion du contrat. Et d'ailleurs, il faut bien reconnaître que, si l'on retrouve dans la jurisprudence postérieure (6) les formules empruntées à l'arrêt *Gosset*, jamais encore des « circonstances exceptionnelles » ne sont venues contredire l'indépendance de la clause compromissoire et du contrat principal, posée en principe par cet arrêt.

Cette indépendance de la clause et du contrat doit-elle alors, se traduire sur le terrain des conflits de lois (7) par un rattachement autonome de la clause compromissoire ?

l'arbitrage en droit international privé », Bâle, 1955, n° 134 ; « Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international », *Rev. crit.*, 1961.499 et s. ; FOUCHARD, *L'arbitrage...*, n°s 114 et s. ; E. MEZGER, « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de Droit privé », *Mélanges Maury*, 1960, t. I, p. 273 et s. ; MOTULSKY, J.C.P., 1956.II.9460 et *Rev. crit.*, 1963.615 et s. ; BREDIN, *Clunet*, 1964.82 et s. ; B. GOLDMAN, J.C.P., 1963.II.13405. — V. également Sauser Hall et Carabiber, cités par KLEIN, in *Rev. crit.*, 1961.504. V. autres références dans la note Motulsky, *Rev. crit.*, 1963.621.

(1) V. le motif de l'arrêt cité *supra*, n° 68.

(2) V. sur ce point, la note MOTULSKY, *Rev. crit.*, 1963.623.

(3) Com., 19 juin 1963, *Halisco/Boussac*, *Rev. crit.*, 1964.128, note Mezger, *Clunet*, 1964.120, obs. Level.

(4) Toulouse, 15 mai 1961, *Rev. crit.*, 1961.803, note Mezger, *Clunet*, 1963.158, obs. J. B. S.

(5) *Rev. crit.*, 1961.806.

(6) Paris, 21 février 1964, *Rev. crit.*, 1964.543, note Mezger ; Colmar, 29 novembre 1968, J.C.P., 1970.II.16246, note Oppetit-Level ; Paris, 20 juin 1969, *Rev. crit.*, 1969.738, note Mezger, *Clunet*, 1971.118, note Oppetit. La Cour n'avait d'ailleurs ici nullement besoin de se référer à cette formule pour reconnaître la validité de la clause compromissoire, celle du contrat principal ayant été préalablement admise par une distinction, curieuse il est vrai, entre la cause du contrat et les « modalités » de son exécution. *Adde*, Paris, 19 juin 1970, J.C.P., 1971.II.16927, note Goldman.

(7) La règle spéciale à l'ordre international dégagée par l'arrêt *Gosset* ne vise en effet que l'autonomie de la clause et non la validité de celle-ci.

3. La loi applicable à la clause compromissoire

70. — Tandis que, dans son dernier état, la jurisprudence française paraît consacrer l'autonomie complète de la clause compromissoire sur le plan international, non plus seulement par rapport au contrat principal, — ce qui résultait de l'arrêt *Gosset* —, mais également à l'égard de tout système législatif, — depuis l'arrêt *Galakis* du 2 mai 1966 (1) —, la doctrine, sans aller jusqu'à cette position extrême, propose divers rattachements de la clause en tenant compte principalement des effets que celle-ci entraîne. C'est cependant souvent à d'autres solutions que se sont ralliées les conventions internationales les plus récentes en matière d'arbitrage. Néanmoins, malgré le bien-fondé de certaines observations et malgré l'indépendance relative de la clause compromissoire, la loi applicable au contrat principal conserve, nous semble-t-il, de sérieux titres de compétence pour apprécier la validité de cette clause.

a) *La validité « per se » de la clause compromissoire sur le plan international.*

71. — L'appréciation de la validité de la clause compromissoire en dehors de tout rattachement législatif (2) semble devenir de règle dans la jurisprudence française.

Une étape décisive de cette évolution est incontestablement l'arrêt *Galakis* (3) — encore qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'arbitrabilité du litige (4) —, arrêt rendu le 2 mai 1966 par la Cour de cassation à propos du problème, tant débattu ces dernières années, de la faculté de compromettre de l'Etat et des personnes morales du droit public. Quelques décisions antérieures (5) avaient, certes, admis que la prohibition du droit interne français — qui résulterait de la combinaison des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile — ne s'étendait pas à l'ordre international, mais elles avaient néan-

(1) V. réf. *infra*, n° 71.

(2) La formule peut paraître excessive dans la mesure où les solutions françaises, si elles ne procèdent pas d'un rattachement opéré par une règle de conflit, n'en sont pas moins fondées sur des dispositions qui ont un caractère normatif dans le système juridique du for, qu'il s'agisse des règles matérielles spéciales à l'ordre international créées par les tribunaux en cette matière ou qu'il s'agisse de la confrontation de la clause litigieuse aux conceptions de l'ordre public interne (v. *infra*, n° 74) faite par ces mêmes tribunaux.

(3) Civ., 1^{re}, 2 mai 1966, *Trésor public/Galakis*, D., 1966.575, note Jean Robert ; J.C.P., 1966.II.14798, note Ligneau ; *Rev. crit.*, 1967.553, note Goldman.

(4) En ce sens, LOUSSOUARN, *Rev. crit.*, 1958.127 et s. et MOTULSKY, J.C.P., 1957.II.10078.

(5) Paris, 10 avril 1957 *Myrtoon Steamship*, J.C.P., 1957.II.10078, note Motulsky ; *Rev. crit.*, 1958.120, note Y. Loussouarn ; *Clunet*, 1958.1002, note B. Goldman ; D.M.F., 1957.467, note Leclère ; Civ., 14 avril 1964, *San Carlo*, D., 1964.637, note Jean Robert ; *Clunet*, 1965.646, note B. Goldman ; (cf. *supra*, note 8 p. 52).

moins fondé cette solution sur la considération que la loi anglaise reconnaissait la validité de la clause compromissoire dans de telles hypothèses.

Or, l'arrêt *Galakis* ne justifie plus la validité de la clause compromissoire par la teneur de la loi applicable au contrat. Alors que la Cour d'appel avait relevé que la loi contractuelle admettait la validité d'une telle clause, la Cour de cassation a jugé ces motifs « surabondants ». La Cour d'appel avait seulement — selon la Haute Juridiction — à se prononcer sur le point de savoir si cette règle édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international, passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime » (1). Dès lors que l'on admet que les prohibitions du droit interne sont inapplicables, en toutes circonstances, à un contrat international, la notion de « loi de rattachement » ne disparaît-elle pas (2) ?

Sans doute, par cette absence de référence à une loi permissive, la Cour de cassation n'a-t-elle pas entendu consacrer d'une manière générale l'existence d'un « contrat sans loi », ni même la validité *per se* de la clause compromissoire sur le plan international. La solution était limitée à la validité de la clause compromissoire signée par un organisme public français et l'on conçoit que la Cour ait ressenti la nécessité (3) d'avoir, en l'occurrence, recours à une *règle matérielle* spéciale à l'ordre international (4), — indépendamment

(1) D., 1966.575.

(2) J. ROBERT, note D., 1966.576. Selon cet auteur, la disparité des législations internes doit entraîner nécessairement le détachement du contrat international, des législations internes ; l'incertitude ne saurait disparaître que si le contrat a été mis « à l'abri des effets de la loi » (D., 1966.577).

(3) La nécessité peut en apparaître sur deux plans différents. Un plan économique d'abord, car l'intérêt reconnu en général au règlement des litiges par arbitrage existe également pour l'Etat, dès lors qu'il développe son activité privée et commerciale. Un plan moral, ensuite, dans la mesure où il peut paraître mal séant pour l'Etat, qui a signé une clause compromissoire, de se retrancher par la suite derrière l'interdiction qui lui serait faite d'y recourir.

(4) Le recours à une règle matérielle propre à l'ordre international et non à une règle de conflit semble ici justifiée (v. dans ce sens notamment GOLDMAN, *Rev. crit.*, 1967.553 et s. ; LOUSSOUARN, « L'Etat commerçant et la compétence juridictionnelle internationale », *Mélanges Kollewyn-Offierhaus*, 1962, p. 318 et s., p. 323). Il paraît, en effet, peu concevable que la faculté pour l'Etat ou un organisme public de compromettre sur le plan international dépende d'une loi qui ne serait pas celle de cet Etat (v. dans ce sens notamment, VEDEL, « Rapport au Congrès international de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1961.116 et p. 124). Ce qui serait souvent le cas si on admet, comme nous l'avons fait (*supra*, note 8, p. 87), qu'il s'agit d'un problème d'*incapacité spéciale*, rattaché en conséquence à la loi du fond. Mais, à la réflexion on peut se demander s'il s'agit d'une véritable règle matérielle propre à l'ordre international, ceci pour deux raisons. D'une part, elle ne serait pas utilisable pour les motifs évoqués plus haut, pour un litige concernant un Etat étranger, d'autre part, il n'existe pas en droit interne français une prohibition absolue. Les articles 84 et 1003 du Code de procédure civile, dont on déduit la prohibition de compromettre de l'Etat, n'ont une portée absolue ni sur le plan interne ni sur le plan international.

C'est, cependant, à une véritable règle matérielle — d'origine internationale

de la qualification de l'interdiction faite à l'Etat de compromettre —, mais la Cour de Paris semble vouloir aller plus loin.

Ce n'est peut-être pas, en effet, par inadvertance que dans un arrêt récent du 20 juin 1969 (1), elle énonce dans une formule générale et non plus seulement en ce qui concerne la faculté de l'Etat de compromettre, que la prohibition — de compromettre sur une matière d'ordre public — des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile... est seulement « *d'ordre public interne et ne met pas obstacle au recours au compromis dès lors que le contrat revêt le caractère international* » (2). Ainsi généralisée, la solution revient à créer une nouvelle règle matérielle propre à l'arbitrage, selon laquelle la clause compromissoire serait valable dès que le contrat qu'elle accompagne est un contrat international. C'est, sur le problème essentiel de l'arbitrabilité du litige, consacrer la validité *per se* de la clause compromissoire sur le plan international. De même dans un arrêt plus récent du 19 juin 1970 (2), la Cour de Paris parvient-elle par un procédé équivalent à un résultat identique. Au nom de l'autonomie de la clause compromissoire, elle accorde en effet aux parties, — un agent commercial français et une société néerlandaise —, qui avaient soumis leur contrat à la loi française, la possibilité « d'exclure l'application » de cette loi et d'« adopter une clause compromissoire en dehors des hypothèses où celle-ci l'autorise ». C'est donc admettre que la clause compromissoire stipulée dans un contrat international n'est soumise à aucune loi (3).

Sans doute, ce type de solution va-t-il dans le sens de l'évolution contemporaine de l'arbitrage, qui tend à devenir réellement international et à se détacher de tout système de rattachement national (4). Cependant, s'il paraît souhaitable de reconnaître le particularisme de la vie internationale, n'est-il pas prématuré d'adopter devant les juridictions étatiques des solutions qui ne sont

cette fois, que les tribunaux français auront recours à l'avenir, par suite des dispositions de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 — du moins dans les rapports des pays liés par la Convention — [publiée en France par décret n° 68-117 du 26 janvier 1968 (*Rev. crit.*, 1968.323), mais en vigueur selon la Convention, 90 jours après le dépôt de l'instrument de ratification fait le 16 décembre 1966]. En vertu de l'article II de la Convention, en effet, « les personnes morales, qualifiées par la loi qui leur est applicable de « personnes morales du droit public » ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage ».

(1) Paris, 20 juin 1969, *Soc. Impex/Soc. Malteria Adriatica*, *Rev. crit.*, 1969.738, note Mezger, *Clunet*, 1971.118, note Oppetit. *Adde*, le rejet du pourvoi formé contre cet arrêt par Civ. 1^{re}, 18 mai 1971, D., 1972.37, note Alexandre.

(2) Paris, 19 juin 1970, *Hecht/Sté Buisman's*, J.C.P., 1971.II.16927, note Goldman.

(3) La Cour, il est vrai, pose deux limites à cette liberté des parties. La clause compromissoire adoptée par les parties peut être écartée, « soit parce qu'elle serait stipulée dans une matière régie obligatoirement par la loi française soit parce qu'elle serait contraire à l'ordre public international français ».

(4) Sur ces idées, v. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, n° 576 et s., et MOTULSKY, « L'internationalisation du droit français de l'arbitrage »,

concevables à la rigueur que devant les juridictions arbitrales (1) ? Si, au nom de ce particularisme, nous avons reconnu la nécessité d'admettre, sur le plan international, l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal, il ne saurait en être de même de l'autonomie complète de la clause. Celle-ci ne saurait être valable *per se* et doit être rattachée à un système législatif. A cet effet, diverses solutions ont été proposées, ou même, consacrées par les conventions internationales relatives à l'arbitrage.

b) *La compétence de la loi du for évincé.*

72. — La clause compromissoire, ayant pour effet de rendre incompétent le tribunal qui aurait été compétent en l'absence de clause (2), on peut songer à en apprécier la validité selon la loi du pays du tribunal évincé. L'idée, reprise par une partie de la doctrine italienne (3), avait été avancée assez tôt en Allemagne par Josef Kohler (4). Celui-ci proposait d'ailleurs, au cas où plusieurs tribunaux seraient compétents, d'en revenir à l'application de la loi du for saisi. Toutefois, pour que la clause fût reconnue valable, il estimait nécessaire qu'au moins une des lois ainsi écartées admette la validité de la clause. La compétence de la loi du for évincé, pas plus que ce palliatif, arbitraire quoique ingénieux, et destiné à éviter l'application cumulative de lois différentes qui pourrait résulter du fait que la compétence judiciaire est souvent multiple en matière internationale, ne paraissent satisfaisants (5). En effet, outre les hésitations légitimes que l'on peut avoir à faire dépendre la validité d'un acte de l'application de plusieurs lois, on ne voit guère pourquoi on choisirait pour déterminer le rattachement de la clause

Rev. arb., 1963.110 et s. *Adde*, sur la notion même d'« arbitrage international », FOUCHARD, « Quand un arbitrage est-il international ? », *Rev. arb.*, 1970.59 et s. et la définition donnée par la Cour de Paris dans son arrêt du 20 juin 1969 cité *supra* (*Rev. crit.*, 1969, p. 743). V., déjà, les termes de la Cour de Colmar, 29 novembre 1968, J.C.P., 1970.II.16246, note Oppetit-Level.

(1) Les juridictions arbitrales paraissent, en effet, en l'absence d'un législateur supranational, plus adaptées que les juridictions étatiques, à contribuer à la formation d'un *jus gentium*. — V. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du Droit*, t. IX, 1964, *Le droit subjectif en question*, p. 177 et s.

(2) V. cependant l'arrêt de la Cour de Paris du 22 janvier 1957 (*Rev. crit.*, 1957.486, E. M.), selon lequel la clause compromissoire ne pourrait avoir d'effet sur la compétence judiciaire. Cf. sur l'ensemble de la question, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, chapitre II. La Convention d'arbitrage international et les conflits de compétence judiciaire et arbitrale, nos 204 et s.

(3) Notamment ANZILOTTI, *Riv. dir. int.*, 1906.467, en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige. *Adde*, les auteurs cités par BALLADORE PALLIERI, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Rec. Cours La Haye*, 1935, t. I, p. 291 et s., spéc. 319.

(4) J. KOHLER, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, 1894.198.

(5) En ce sens notamment, BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, p. 322 et s., Sauser-Hall, *Annuaire*, 1952.I.551 et s. ; KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, p. 256 et s.

compromissaire, l'un des effets de la clause, — à savoir son seul *effet négatif* —, alors que celle-ci a également un *effet positif*, plus substantiel, aux dires de M. Klein, à savoir la création d'un mécanisme de droit privé destiné à résoudre certains litiges (1), ce qui la différencie précisément de la clause de prorogation de for (2).

C'est pourquoi, on a proposé, pour tenir compte de cet effet positif de la clause compromissaire, de faire dépendre la validité de la clause compromissaire de la loi du siège arbitral.

c) *La compétence de la loi du siège arbitral.*

73. — Ce rattachement (3) présenterait l'avantage de soumettre à une loi unique la clause compromissaire, la procédure arbitrale et la sentence elle-même (4). Cependant cette solution, — retenue par la Convention de New York du 14 juin 1958 (5) et par la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961, lorsque les parties n'ont pas manifesté clairement leur intention quant à la loi applicable à la convention arbitrale (6) —, paraît critiquable comme la précédente, dans la mesure où elle ne prend en considération que l'effet positif de la clause, et non son effet négatif, à savoir le dessaisissement des tribunaux judiciaires. Elle se heurte, de plus, à une difficulté relativement insurmontable. Comment le juge étatique saisi de la validité de la clause compromissaire, lorsqu'une des parties ne l'a pas observée, pourrait-il faire application de la loi du siège arbitral, alors que celle-ci est souvent inconnue au moment où le juge doit se prononcer ? La désignation des arbitres et du lieu de l'arbitrage est, en effet, souvent postérieure à la conclusion du contrat ou faite par un tiers au moment du litige. Les « processualistes » estiment que dans ce cas, il faut revenir à la compétence de la *lex fori* (7). Sans doute, la *lex fori* a-t-elle toujours en droit international privé une vocation subsidiaire à s'appliquer, mais

(1) KLEIN, « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit.*, 1958.267.

(2) KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage...*, p. 207. — Sur la clause de prorogation de for, v. *infra*, nos 79 et s.

(3) Cette solution a été adoptée par une décision du Tribunal civil de Hambourg (ch. com.), 12 novembre 1957, *Rev. crit.*, 1958.101, note Mezger (clause compromissaire stipulée entre un commerçant allemand et une coopérative agricole française) et par le Tribunal fédéral suisse (ch. de droit public), 25 janvier 1967, *Clunet*, 1970.437, obs. Lalire.

(4) Sous l'influence de Sauser-Hall, cette solution a été retenue par l'Institut de droit international (V. *Annuaire*, 1959.II.374). Cf. les critiques de FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, nos 115 et s.

(5) Article V, al. 1-a. — V. la liste des Etats (dont la France) liés par cette Convention, in, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Arbitrage (dir. int. priv.)*, Annexe in fine.

(6) Article IX, al. 1-a, et article VI, al. 2-b. — V. la liste des Etats (dont la France) liés par cette Convention dans l'Annexe citée à la note précédente.

(7) Cf. sur ce point MEZGER, *Rev. crit.*, 1958.106, note sous Trib. civ., Hambourg, 12 novembre 1957.

n'est-il pas possible de trouver une solution qui ne rende pas nécessaire un recours à ce palliatif ? La *lex fori* aurait-elle une compétence plus légitime à titre principal ?

d) *La compétence de lex fori.*

74. — La compétence de la *lex fori*, c'est-à-dire de la loi du tribunal saisi de la validité de la clause compromissoire, ne rencontre, que peu de partisans, ce qui se comprend aisément. L'incertitude qui résulte d'un tel rattachement — lorsque le pays dont les tribunaux connaîtront de l'affaire n'est pas connu à l'avance — ne milite guère en faveur de son adoption (1). De plus, un rattachement à titre principal, à la loi du for est peu compatible avec la notion même de droit international privé, qui doit conduire à la désignation de la loi la plus apte à régir la matière. Or, quels titres, la loi du for a-t-elle à régir la clause compromissoire stipulée dans un contrat international ? En réalité, seule, son intervention *au nom de l'ordre public international* est concevable afin d'écarter le recours à l'arbitrage ou la sentence dont l'exequatur est demandé (2) lorsque les conceptions du for sont heurtées par « une » loi normalement compétente qui admettrait une arbitrabilité trop étendue (3).

On peut, cependant, se demander si, en définitive, la jurisprudence française ne consacre pas, dans ses diverses solutions, un rattachement de la clause compromissoire à la loi du for — à titre principal. Cela paraît être le cas des décisions qui limitent la portée de l'interdiction de compromettre les articles 83 et 1004 du Code de procédure civile à la seule atteinte directe à l'ordre public (4). Il semble bien qu'elles se réfèrent à l'*ordre public interne*, et donc à la loi du for. Dans d'autres décisions où, au contraire, la distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international est nettement faite, c'est encore selon les règles matérielles spéciales à l'ordre international du for que la licéité de la clause compromissoire est appré-

(1) FOUCHARD, *L'arbitrage...* n° 196.

(2) On a pu croire, cependant, que l'ordre public serait d'une nature différente selon qu'il s'agit d'apprécier la validité du compromis ou celle de la sentence. Le premier serait l'ordre public interne, le second, l'ordre public international. V. sur ce point, GOLDMAN, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° Arbitrage, n° 263, et les références citées. Il faut, d'ailleurs noter que la sentence peut être contraire à l'ordre public sans que la clause compromissoire soit elle-même nulle (v. *op. cit.*, nos 261 et 262). — *Adde*, sur l'idée que le contrôle des juridictions étatiques à l'issue de l'arbitrage garantit suffisamment les exigences de l'ordre public, Colmar, 29 novembre 1968 et la note Oppetit-Level au J.C.P., 1970.II.12246.

(3) V. *infra*, n° 77.

(4) V. *infra*, note 4, p. 66. On peut douter de la nature de l'ordre public invoqué dans la mesure où il semble que sur ce point les exigences de l'ordre public interne et international sont les mêmes.

ciée (1). Même interprétée ainsi la jurisprudence, déjà critiquée (2), encourt la critique si l'on veut bien admettre que la *lex fori* ne doit intervenir qu'au nom de l'ordre public international. C'est cependant, un rattachement à titre principal à la *lex fori* qui a été adopté pour juger de l'arbitrabilité du litige, par la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (3) et la Convention de New York (4) —, où il est nettement distingué de l'intervention de l'ordre public (5) —, mais cumulativement (6) il est vrai, avec la « loi d'autonomie » applicable à la validité de la clause compromissoire.

e) *La compétence d'une loi d'autonomie, différente de la loi applicable au contrat.*

75. — Selon la Convention européenne du 21 avril 1961 (7), et la Convention de New York du 14 juin 1958 (8) la validité de la clause compromissoire relève, en effet, de la loi choisie par les parties (9), sans que celle-ci coïncide nécessairement avec la loi applicable au contrat principal. Cette solution avait été retenue par quelques décisions françaises (10), — mais à une époque où la compétence de la loi du contrat était généralement admise (11) —, notamment par la Cour de Paris en 1955 (12) en ces termes : « Considérant que dans le champ d'application des conventions de Genève (13) comme en droit commun, la loi unique devant régir

(1) V. *supra*, nos 71 et 77.

(2) V. *supra*, n° 71.

(3) Article VI, par. 2.

(4) Article V, par. 2-a.

(5) Selon M. BREDIN (*Clunet*, 1960.1002 et s.), la compétence de la *lex fori* du pays où la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont demandées se résume à l'intervention de l'ordre public. Mais il faut bien reconnaître que si cette conception nous paraît souhaitable, l'article V, par. 2-b de la Convention de New York contient une disposition spéciale relative à une éventuelle contrariété de la reconnaissance ou [de] la sentence à l'ordre public ». Cf. FOUCHARD, *op. cit.*, n° 200.

(6) V. GOLDMAN, *V° préc.*, nos 172 et s.

(7) Article VI, par. 2-a.

(8) Article V, al. 1-a.

(9) Sur les limites de liberté des parties, v. KLEIN « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit.*, 1958.255 et s. et 479 et s., spéc. p. 272 et s.

(10) Douai, 18 octobre 1951, *Rev. crit.*, 1953.422 note Loussouarn, Nancy, 29 janvier 1958, *Elmassian*, *Rev. crit.*, 1958.148, note critique Mezger (la loi choisie coïncidait avec la loi du siège arbitral). V. également Cour d'appel de Monaco, 17 juin 1957, *Rev. crit.*, 1958.139, note Mezger.

(11) V. *supra*, n° 65.

(12) Paris, 9 décembre 1955, *Goldsmith*, *Rev. crit.*, 1956.523, note Motulsky, D., 1956.217, note J. Robert.

(13) Cette considération n'a d'ailleurs aucune conséquence sur la loi applicable, car les Conventions de Genève, aussi bien le Protocole de 1923 que la Convention de 1927, n'avaient pas pour objet de définir des règles de rattachement. V. sur ces Conventions, FOUCHARD, *L'arbitrage...*, n° 107.

l'ensemble contractuel complexe qu'englobent, dans une étroite interdépendance, avec le compromis (ou la clause compromissoire), les stades successifs des opérations conventionnelles d'arbitrage jusqu'à la sentence inclusivement, ne peut être que celle désignée par le droit international privé du pays où l'exécution est requise ; considérant que d'après les règles de conflit françaises et conformément au principe de l'autonomie de la volonté applicable en matière de contrats, *la loi à laquelle sont soumis tant la convention arbitrale que l'ensemble de l'arbitrage est celle qu'ont librement choisie les parties...* ».

Le rattachement de la clause compromissoire à une loi différente de la loi applicable au contrat principal serait donc justifié par le principe de l'autonomie de la volonté et par la faculté qui en résulterait pour les parties de soumettre un même contrat à des lois différentes (1). Mais, à notre avis, ici comme sur le plan général, on ne peut accorder aux parties le droit de morceler leur contrat que dans la mesure où la loi contractuelle le permet (2) ; les parties ne sauraient soumettre la clause compromissoire à une loi différente de la loi applicable au contrat principal que lorsque celle-ci ne contient pas des dispositions impératives sur ce point (3). Et il n'est guère possible pour déjouer ce principe, d'invoquer l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Si la reconnaissance de cette indépendance sur le plan international était nécessaire pour des motifs essentiellement pratiques (4), celle-ci ne doit pas se traduire nécessairement par un rattachement autonome, en dépit de la consécration d'une telle solution par les Conventions internationales. Force est alors d'admettre la compétence de la loi applicable au contrat principal.

f) La compétence de la loi applicable au contrat principal.

76. — L'indépendance de la clause compromissoire sur le plan international, pas plus que le particularisme de ses effets, ni même une liberté contractuelle plus grande dans les rapports internationaux, ne justifient le rejet de la compétence de la loi du contrat principal. Il paraît vain, en effet, de soumettre la validité de la clause compromissoire à une loi différente, alors que sur un point capital susceptible d'affecter cette validité, à savoir l'arbitrabilité du litige (5) la loi applicable au fond du litige, c'est-à-dire la loi du

(1) MEZGER, « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de Droit privé », *Mélanges Maury*, t. I, 273 et s., spéc. p. 282.

(2) V. *supra*, n° 55.

(3) *Contra*, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, n°s 119 et s.

(4) V. *supra*, n° 66.

(5) On a qualifié cette expression de « barbare », mais elle nous paraît plus explicite que celle de « pouvoir de compromettre » utilisée par Sauser Hall, qui peut prêter à confusion.

contrat semble s'imposer. Si cette solution, qui a été adoptée dans certains pays étrangers (1), a eu une certaine faveur de la doctrine (2), — même si l'on trouvait des divergences sur la manière de déterminer la loi applicable au fond du litige (3) —, elle a été, en revanche, nous avons pu le constater, abandonnée par la jurisprudence française, au profit généralement de règles matérielles spéciales à l'ordre international (4), — du moins quand les tribunaux n'évitaient pas de se prononcer (5). La loi contractuelle a cependant une vocation indiscutable pour décider si le contrat est ou non susceptible d'arbitrage, puisque l'arbitrabilité du litige dépend de la nature et du contenu du contrat.

77. — Mais ici comme en d'autres domaines, il est concevable que l'ordre public (6) intervienne pour écarter la loi du contrat, lorsque celle-ci admet la validité de la clause compromissoire dans des matières que le droit français considère comme étant d'ordre public international, et qui doivent nécessairement être dévolues à

(1) Pour l'application de la loi du contrat en *Italie*, v. Cass., It. 27 mars 1954, *Rev. crit.*, 1954.511, note Barda-Motulsky et Cass. It. (Ch. Réunies), 2 mai 1960, *Riv. dir. int.*, 1960.686, *Clunet*, 1961.860, note Barda. En *Belgique*, v. Cour de Cass., 16 janvier 1958, *Rev. crit.*, 1959.122, note Mezger.

(2) BALLADORE-PALLIERI, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Rec. Cours La Haye*, 1935, vol. 51.291 et s., p. 353. Celui-ci étend d'ailleurs la compétence de la loi du fond du litige à toute la procédure arbitrale. En faveur de la loi du contrat principal, à défaut d'intention contraire des parties, v. MEZGER, *Rev. crit.*, 1959.128 et MOTULSKY, *Rev. crit.*, 1963.615 et s.

(3) Si la majorité de la doctrine est d'avis d'apprécier l'arbitrabilité du litige, c'est-à-dire la licéité de la clause compromissoire, selon la loi régissant le fond du litige (*Contra*, FOUCHARD, préc., n° 192), l'accord ne se fait plus sur la manière de déterminer cette loi. Pour SAUSER HALL, *Annuaire*, 1959.II.374, 1952.I.555, la loi du fond du litige serait désignée par les règles de rattachement de l'Etat où siège le tribunal arbitral, pour KLEIN, *Considérations...*, p. 260 et p. 309, art. 8, celle-ci serait la loi d'autonomie applicable à tout l'arbitrage, pour ARMINJON, *Annuaire*, 1952.I.500, la loi du fond du litige serait déterminée par les règles de rattachement du for, ce qui paraît la solution la plus raisonnable (Cf. les distinctions adoptées par l'Institut de Droit international, in FOUCHARD, préc., n° 191). V. MONACO, « La loi applicable au fond du litige dans la Convention européenne sur l'arbitrage commercial », *Mélanges Kolléwijn*, 1962.331 et s.

(4) V. *supra*, n° 71. Mais il y a des cas où la clause est directement confrontée à l'ordre public interne ou international. V., *supra*, n° 74 et *infra*, n° 77.

(5) L'arrêt *Gosset* (Cass., 7 mai 1963, *Rev. crit.*, 1963.615, note Motulsky, *Clunet*, 1964.82, note J.D. Bredin, J.G.P., 1963.II.13405, note B. Goldman) ne se prononce pas, en effet, sur le problème de l'arbitrabilité du litige, alors qu'une des parties soutenait, qu'étant relatif à une question d'ordre public (caducité d'un permis d'importation), le litige n'était pas arbitral. De même, dans l'arrêt *Boutssac*, du 19 juin 1963 (*Rev. crit.*, 1964.128 note Mezger, *Clunet*, 1964.120, obs. Level), relatif au retrait d'une licence d'importation, la Cour de cassation évite de poser le problème.

(6) Sur la difficulté de définir le domaine de l'ordre public en cette matière, v. FOUCHARD, *L'arbitrage...* nos 729 et s. *Adde*, sur le rôle de l'ordre public du for sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans la Convention de New York, les références citées *supra*, note 5, p. 63.

des juridictions étatiques. Mais, il semble bien qu'en réalité, cet ordre public international aurait peu d'occasions d'intervenir ; ceci, pour deux raisons.

Tout d'abord, parce que les exigences de l'ordre public interne lui-même, ont été atténuées par l'interprétation des textes donnée par les tribunaux. C'est le cas de l'interdiction de compromettre sur « des contestations qui seraient sujettes à communication au Ministère Public » notamment « celles qui concernent l'ordre public » des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile (1). Pour la jurisprudence interne, en effet, la nullité du compromis ne découle pas nécessairement du seul fait que le litige touche à des questions d'ordre public (2). Aussi, mises à part quelques exceptions (3), les décisions rendues en matière internationale admettent-elles, de même, que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu dans la mesure où l'on ne demande pas *directement* la sanction d'une règle d'ordre public (4). Et notamment pour la Cour de Paris « l'interdiction de compromettre sur une matière d'ordre public n'implique pas la nullité du compromis lorsque le litige concerne les dommages-intérêts pouvant incomber à l'une ou l'autre des parties responsables de la conclusion ou de l'inexécution d'un contrat nul » (5).

L'ordre public international semblerait devoir n'intervenir que rarement, ensuite, parce que les tribunaux ne paraissent pas disposés à reconnaître un caractère d'ordre public international aux dispositions d'ordre public interne qui entravent la validité de la clause compromissoire en droit français. Il en est ainsi de l'interdiction de stipuler une clause compromissoire dans un contrat autre que commercial (6). La Cour de Paris a décidé dans un arrêt du 26 octobre 1962 (7) que cette interdiction de principe tant en matière civile qu'en matière mixte n'était pas, en raison des termes stricts de l'article 1006 du Code de procédure civile, « d'ordre public dans les rapports internationaux », solution reprise en des termes encore

(1) Sur ces notions, v. BOULBÈS « La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale », J.C.P., 1962.I.1676.

(2) V. la jurisprudence et les références citées par GOLDMAN, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° Arbitrage, n° 254.

(3) Orléans, 15 mai 1961, (2^e espèce), *Rev. crit.*, 1961.778, note Mezger, *Clunet*, 1962.140, note Goldman, J.C.P., 1961.II.12356, note J.H.A.

(4) Paris, 21 février 1964, *Rev. crit.*, 1964.543, note Mezger ; Orléans, 15 juin 1966, D., 1966.340, note J. Robert ; Colmar, 29 novembre 1966, J.C.P., 1970.II.16246, note Oppetit-Level ; Paris, 20 juin 1969, *Rev. crit.*, 1969.738, note Mezger, *Clunet*, 1971.118, note Oppetit. — V. GOLDMAN, V° Arbitrage préc., n°s 255 et s.

(5) *Rev. crit.*, 1969.743.

(6) La clause compromissoire est autorisée en matière commerciale depuis la loi du 31 décembre 1925 (article 631, al. 2 du Code de commerce). Elle reste, en revanche, frappée de nullité dans les actes civils, et même dans les actes mixtes (Com. 2 décembre 1964, D., 1965.412), mais il ne s'agit que d'une nullité relative à laquelle la partie non commerçante peut renoncer (Paris, 19 juin 1970, cité *infra*).

(7) Paris, 26 octobre 1962, *Rev. crit.*, 1965.535, note H.B., *Adde*, Paris, 19 juin 1970, J.C.P., 1971.II.16927, note Goldman.

plus nets dans un arrêt du 19 juin 1970. De même, le caractère d'ordre public international a-t-il été dénié plus récemment à l'interdiction de compromettre résultant des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile. Nous ne faisons pas allusion ici aux arrêts *Myrtoon Steamship, San Carlo et Galakis* (1) qui ne sont guère probants, du fait que la faculté de compromettre de l'Etat ou des personnes morales de droit public n'est pas un problème d'arbitrabilité, mais à l'arrêt de la Cour de Paris du 20 juin 1969 (2), déjà évoqué plus haut (3) qui exprime en termes généraux, le caractère de seul ordre public interne de ces textes. Si cette position devait être maintenue par la Cour de cassation (4), l'intervention de l'ordre public international serait hypothétique, au cas — non moins hypothétique il est vrai — où la jurisprudence retiendrait la compétence de la loi du contrat pour apprécier la validité de la clause compromissaire.

On pourrait, cependant, penser qu'il reste néanmoins un domaine pour une telle intervention en matière de contrat de travail, où l'interdiction de compromettre semble devoir persister. Un arrêt de la Cour de cassation — quoique antérieur à l'évolution libérale de la jurisprudence — laisse entrevoir une telle possibilité, malgré la motivation équivoque de la solution adoptée. Cet arrêt, rendu le 9 décembre 1960 (5), rejette le pourvoi formé contre une décision, qui avait annulé la clause compromissaire insérée dans un contrat de représentation passé entre une société française et une entreprise tchécoslovaque, alors que la loi tchécoslovaque applicable au contrat admettait la validité d'une telle clause. Il semblerait, à première vue, que la loi du contrat ait été écartée au nom de l'ordre public international. Mais, en réalité, il ne s'agit pas là de l'intervention de l'ordre public international à l'encontre de la loi normalement compétente, mais d'une application pure et simple des règles d'ordre public interne français relatives au statut des V.R.P. et des règles de compétence du Code du Travail (modifié par la loi du 7 mars 1957), justifiée par l'exécution du travail en France (6). Le statut de police des relations de travail localisées en France est applicable (7), malgré le choix des parties en faveur de la loi tchécoslovaque. Ce n'est que par voie de conséquence, et non du fait de l'intervention de l'ordre

(1) V. *supra*, n°s 65 et 71.

(2) Paris, 20 juin 1969, *Rev. crit.*, 1969.738, note Mezger, *Clunet*, 1971.118, note Oppetit.

(3) V. *supra*, p. 59.

(4) Cf. Civ. 1^{re}, 18 mai 1971, D., 1972.37, note Alexandre.

(5) Cass. soc., 9 décembre 1960, *Bull. civ.*, 1960.IV, p. 902, n° 1164, J.C.P., 1961.II.12029, note Mme Simon-Depitre.

(6) Comp. Cour d'appel de Milan, 19 juillet 1960, *Il Foro Padano*, septembre 1961, n° 9, qui se prononce pour la non-arbitrabilité d'un litige relatif à un contrat de travail par application de la loi italienne applicable au contrat, en raison de l'exécution du travail en Italie.

(7) V. sur la notion de loi de police et particulièrement sur les dispositions relatives aux voyageurs de commerce, v. *infra*, n°s 307 et s.

public, que la nullité de la clause compromissoire est prononcée (1). Mais il n'en reste pas moins que si le travail était effectué à l'étranger, et non en France, l'intervention de l'ordre public reste concevable en la matière.

Cette interprétation est confortée par les motifs de l'arrêt de la Cour de Paris du 19 juin 1970 qui admet que si la clause compromissoire stipulée dans un contrat international est valable par elle-même, elle doit être écartée « soit parce qu'elle serait stipulée dans une matière obligatoirement régie par la loi française, soit parce qu'elle serait contraire à l'ordre public international français » (2). Et considérant qu'en l'espèce, il n'existait pas comme en matière de contrat de travail une compétence d'ordre public des Conseils de Prud'hommes, la Cour reconnaît la validité d'une clause compromissoire stipulée entre un agent commercial français, qui devait exercer son activité en France, et une société néerlandaise.

78. — Il résulte de ces développements que dans un premier temps si la jurisprudence française a apprécié la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat international au regard de la loi applicable au contrat principal, depuis l'arrêt *Gosset* qui consacre l'indépendance sur le plan international de la clause par rapport au contrat principal, la compétence de la loi du contrat est loin d'être aussi affirmée. Cependant s'il était utile pour des raisons pratiques de reconnaître l'indépendance de la clause par rapport au contrat principal — et non une autonomie totale —, les liens qui existent néanmoins entre la clause et le contrat constituent des titres de compétence sérieux de la loi applicable au contrat principal, que la considération des effets positifs et négatifs de la clause ne suffit pas à atténuer. Le même principe doit-il être retenu à l'égard d'une clause dont les effets sont quelque peu similaires, si ce n'est la nature de la juridiction — étatique et non plus privée — à laquelle le litige est attribué, à savoir la clause de la prorogation de for ?

C. — LA CLAUSE DE PROROGATION DE FOR.

79. — Quelques mots du rattachement de la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat international suffiront car on retrouve ici la plupart des arguments qui ont été invoqués pour écarter la compétence de la loi du contrat principal en matière de clause compromissoire (3). Il s'agit également de savoir, si la clause

(1) Comp. l'influence de l'existence, en droit français de règles spéciales de compétence d'attribution en matière de contrat de travail sur la validité des clauses de prorogation de for, *infra*, n° 83 et s.

(2) J.C.P., 1971.II.16927, note Goldman.

(3) V. *supra*, n° 63 et s. Cf., d'une manière générale sur la clause de prorogation de for, H. GAUDEMET TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, 1965, Dalloz.

de prorogation de for est, par son objet, suffisamment distincte du contrat principal, pour être rattachée à une loi propre dont la détermination correspondrait davantage aux effets produits par cette clause (1), — question qui n'est pas fermement tranchée par la jurisprudence française —. Bien que les solutions ne doivent pas être nécessairement différentes selon que la clause de prorogation de for porte simplement sur la compétence territoriale ou qu'elle influe également sur la compétence d'attribution, ces deux aspects du problème seront évoqués séparément.

1. *La clause influe principalement sur la compétence territoriale.*

80. — Le rattachement de la clause de prorogation de for en droit international privé, fut, jusqu'à une période très récente, un problème assez peu étudié, sans doute parce que la transposition sur le plan international (2) des principes libéraux du droit interne en matière de compétence territoriale conduit à admettre de façon aussi libérale la validité des clauses de compétence « territoriale » (3) internationale, du moins en matière contractuelle. Il importe, cependant, de savoir selon quelle loi doit être appréciée la licéité de cette clause, dans la mesure où il existe même en ce domaine, des dispositions qui entravent la liberté des parties.

Certaines de ces entraves tiennent, comme en matière de clause compromissoire — bien que de façon moindre — à l'*objet* même du contrat, telles par exemple les règles de compétence territoriale d'ordre public qui s'opposent à la stipulation de clauses attributives de juridiction dans les contrats internes de travail ou d'assurance. D'autres tiennent au fait, que si l'on admet d'une manière générale que les règles de compétence internationale sont d'intérêt privé à l'égal de la plupart des règles internes de compétence territoriale, il y a des cas où la compétence internationale des tribunaux nationaux est « imposée » (4), *exclusive* (5) pour reprendre notre terminologie et la clause y dérogeant risque alors d'être annulée.

(1) Compte tenu des effets de la clause, l'élimination du tribunal normalement compétent légitimerait la compétence de la loi du *for évincé* ; l'attribution de compétence à une autre juridiction entraînerait celle du *for prorogé*.

(2) Sur l'idée de projection sur le plan international des règles de compétence interne, v. BATIFFOL, *Traité*, 4^e éd., n° 683. Cf. cependant les réserves faites par M. FRANCESCAKIS, *Rev. crit.*, 1953, 1 et s. Adde, MOTULSKY, *Rev. crit.*, 1955.345.

(3) Le problème est différent lorsque la clause attributive de juridiction implique également une modification de la compétence d'attribution (v. *infra*, n° 83).

(4) Il serait d'ailleurs plus exact de dire qu'il existe des cas où la compétence nationale est imposée. Mais lorsque la compétence nationale est imposée, il s'ensuit que la compétence internationale l'est aussi. V., sur cette idée, Cour de Paris, 27 janvier 1955, *Rev. crit.*, 1955.330, note Motulsky, spécialement p. 336.

(5) Sur la difficulté de déterminer les règles de compétence qui ont un caractère exclusif, v. MOTULSKY, note précitée, *Rev. crit.*, 1955.344. Cf. Montpellier, 17 mars

En raison des liens qui unissent la clause de prorogation de for au contrat principal, la loi de ce contrat semble légitimement devoir décider de la validité d'une telle clause insérée dans un contrat international (1), — encore qu'il paraisse douteux que le juge saisi, directement ou indirectement (2), de la validité de la clause puisse faire abstraction des dispositions de sa propre loi lorsque celle-ci donne compétence exclusive à ses tribunaux nationaux —.

81. — Si la jurisprudence, peu abondante, ne donne aucune confirmation sur cette dernière éventualité, — dans la mesure où elle admet la possibilité de renoncer à des règles de compétence exclusive (3), notamment aux articles 14 et 15 du Code civil, et, où le problème se pose principalement lorsque la clause de prorogation de for a également une incidence sur la compétence d'attribution (4) —, la compétence de la loi du contrat a été retenue par quelques décisions. Ainsi, dans un arrêt, déjà ancien, de la Chambre des Requêtes en date du 22 janvier 1923 (5), une clause attribuant compétence aux juridictions espagnoles a-t-elle été annulée par application de la loi espagnole, régissant un contrat de transport passé par la Compagnie des Chemins de fer espagnols, au motif que la clause n'avait pas respecté les exigences de la loi espagnole (6). Plus récemment, la Cour de Paris le 27 janvier 1955 (7) a repris la solution (8), en des termes fort nets : « Considérant, en ce qui concerne la détermination de la loi du fond, qu'au regard du droit international privé français, une convention sur la compétence, incluse dans un contrat, doit, en

1949, *Rev. crit.*, 1950.228, selon lequel la compétence du tribunal étranger doit s'apprécier selon la loi étrangère (lors de l'exequatur), à moins que la décision « n'implique une violation fondamentale de notre droit en matière de compétence ». Ce qui pourrait laisser penser qu'il existe des règles de compétence « imposées » en matière de compétence spéciale, comme en matière de compétence générale.

(1) V. BATIFFOL ET FRANCESKAKIS, *Encycl. Dalloz, Procédure civile, V^o Compétence internationale*, n° 45, qui admettent que la validité de la renonciation contractuelle aux articles 14 et 15 dépend de la loi du contrat. *Adde* BARTIN, *Principes*, t. 1, § 147, qui retient la compétence de la loi applicable à la société pour apprécier la validité de la clause attributive de juridiction insérée dans les statuts d'une société. *Contra*. H. GAUDEMET-TALLON « *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, 1965, Dalloz, 292 p., sp. n° 83 et s.

(2) Il faut toutefois remarquer que le contrôle de la compétence internationale est rarissime en matière contractuelle.

(3) V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n°s 680 et 718.

(4) V. *infra*, n° 83.

(5) Req. 22 janvier 1923, S., 1924.1.73, note Niboyet, *Clunet*, 1924.161.

(6) On peut remarquer que la clause attributive de juridiction étant le plus souvent un indice de la localisation du contrat, la validité de la clause sera généralement appréciée selon la loi du for choisi, appliquée naturellement à titre de loi contractuelle.

(7) Paris (1^{re} Ch. supp.), 27 janvier 1955, *Société Janson/Société Heurtey* *Rev. crit.*, 1955.330, note Motulsky.

(8) V. également, Rouen 3 mars 1961, *Rev. crit.*, 1962.127, note Jambu-Merlin.

sa qualité d'accessoire de ce contrat principal, et comme faisant partie intégrante de l'ensemble économique et juridique qu'il constitue, être en principe, quant à ses conditions de fond, d'existence et de validité, régie par la loi du contrat » (1).

82. — Le principe de la compétence de la loi du contrat est cependant atténué par le motif suivant de la décision : « ses effets se trouvent toutefois soumis également aux dispositions des lois en vigueur tant dans l'Etat auquel ressortissent les juridictions auxquelles est attribuée compétence, qu'inversement dans l'Etat, éventuellement différent, dont relèvent celles dont la compétence se trouverait corrélativement exclue » (2).

L'application cumulative des lois du contrat, du *for exclu* et du *for prorogé* est, il est vrai, limitée par la Cour aux seuls effets de la clause et ne paraît pas s'étendre à la validité de la clause. En revanche, un arrêt plus récent (3), semble l'admettre, sans d'ailleurs que les motifs en apparaissent nettement (4).

On retrouve cette tendance chez un auteur qui a récemment proposé d'apprécier la validité de clause attributive de juridiction concurremment au regard de la loi du tribunal dont la compétence est prorogée et de celle du tribunal normalement compétent (5). Malgré la logique à laquelle répond cette conclusion (6), cette solution paraît critiquable, comme toute solution fondée sur l'application cumulative de deux lois, d'autant plus que celle-ci peut être multiple, lorsque plusieurs tribunaux se trouvent être normalement compétents, — ce qui n'est pas exceptionnel. La clause aurait d'autant moins de chances d'être valable ; or, il n'est pas sans intérêt que les parties fixent, dès la conclusion du contrat, leur choix sur le tribunal

(1) Il faut, cependant, remarquer que la Cour a estimé inutile de déterminer la loi du contrat, en raison de « l'identité substantielle » des législations française et allemande, éventuellement compétentes, en matière de prorogation de compétence (*Rev. crit.*, 1955.336).

(2) *Rev. crit.*, 1955.335.

(3) Cass. Soc., 25 janvier 1965, *Société Air Cameroun/Morenay*, *Rev. crit.*, 1966.469, note Simon-Depitre.

(4) La Cour, en effet, pour annuler la clause constate simplement la concordance de l'article 181 du Code français du travail d'outre-mer et de la loi camerounaise. Mais il n'est pas certain que ces deux lois soient prises en considération à titre de loi du *for saisi* et de loi du *for prorogé*. On peut d'ailleurs remarquer que la loi camerounaise n'était pas en vigueur lors de la stipulation de la clause (V. sur ce point l'interprétation de Mme Simon-Depitre, note préc., *Rev. crit.*, 1966 p. 472).

(5) H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, thèse, Paris, 1965, p. 77 et s., n° 128 et s. L'auteur fonde principalement la solution proposée sur la prédominance du caractère « processuel » de la clause sur ses éléments contractuels. V., *infra*, les arguments invoqués contre la compétence de la loi du contrat.

(6) On conçoit assez aisément que ces deux lois aient quelques titres de compétence.

qui sera saisi en cas de difficultés (1). Au demeurant, les motifs qui poussent l'auteur à rejeter la compétence en la matière de la loi du contrat ne constituent pas un obstacle. Le fait que la détermination de la loi applicable au contrat dépende de la règle de conflit du tribunal saisi et, qu'ainsi, les parties ne pourraient savoir dès la conclusion de la clause si elle est valable ou non (2), n'est nullement spécifique de la clause de prorogation de for. La même situation se retrouve chaque fois que la loi du contrat n'est pas connue à l'avance. La compétence de la loi du contrat en matière de clause de prorogation de for présente au moins l'avantage de mettre un terme à la difficulté de choisir entre les différentes *lex fori* (3) dont la compétence paraît possible ou même souhaitable, eu égard aux effets de la clause

2. La clause influe également sur la compétence d'attribution.

83. — La solution ne semble pas devoir être différente lorsque la clause de prorogation du for n'entraîne pas seulement une modification de la compétence territoriale mais influe également sur la compétence d'attribution. C'est le cas lorsque, sur le plan interne, la connaissance de litiges relatifs à certaines matières se trouve attribuée à des juridictions spécialisées, telles les juridictions prud'homales.

Le problème s'est présenté récemment, à diverses reprises, devant les juridictions françaises dans des hypothèses où un salarié français, se prévalait de la nullité de la clause attribuant compétence à une juridiction étrangère, stipulée dans son contrat de travail, pour assigner son employeur étranger devant une juridiction prud'homale française. Au premier examen, on pourrait conclure que si la Chambre Sociale et la Chambre Civile de la Cour de cassation s'accordent pour résoudre le problème de la validité de la clause de prorogation du for *sans même déterminer la loi applicable au contrat*, elles se séparent quant à la portée qu'elles attribuent sur le plan international à l'article 81 du Livre IV du Code du Travail (4), — en vertu duquel « Est nulle et de nul effet toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de louage de services » — et, en particulier, sur le point de savoir si cet article 81 permettait ou non de renoncer à l'article 14 du Code civil (5). Trois arrêts de la

(1) V. Cf. les solutions adoptées par la Conférence de La Haye et le projet de Convention sur les accords d'élection du for. Conférence de La Haye 1964, *Actes et documents de la X^e session, T. IV. For contractuel*, p. 195 et s.

(2) H. GAUDEMET-TALLON, note *Rev. crit.*, 1968.502.

(3) Nous avons vu (*supra*, n° 80), qu'outre la compétence de la loi du for prorogé et la loi du for exclu, celle du for saisi était concevable.

(4) Décret n° 58-1292 du 22 décembre 1958.

(5) Ce qui n'est guère une bonne méthode pour résoudre les difficultés. Il est, en effet, toujours délicat de vouloir concilier les règles des articles 14 et

Chambre Sociale des 18 et 19 octobre 1967 (1) annulent des clauses attribuant compétence à des juridictions étrangères (2), en mettant en relief la portée générale de l'article 81 destiné à protéger les salariés français (3) quels que soient les éléments d'extranéité du litige, relevés pourtant par la Cour (4). La Chambre civile, pour sa part, dans son arrêt du 9 janvier 1968 (5) marque à la fois une opposition (6) et une évolution, en admettant la validité d'une clause semblable, au motif que l'article 81 ne s'appliquait pas lorsque le contrat présentait un caractère international, et, qu'en l'espèce, la Cour d'appel avait décidé à bon droit que la clause « n'était pas contraire à l'ordre public international ».

Malgré les termes employés, — la référence à l'absence de contrariété à l'ordre public international visant la clause, et non, la loi étrangère « compétente » —, ne faut-il pas voir dans la considération du caractère international du contrat l'amorce d'une compétence possible de la loi du contrat pour apprécier la validité des clauses de prorogation de for ? Une semblable évolution s'est parfois produite à propos de matières d'ordre public interne. Les tribunaux com-

15 du Code civil, qui reposent sur un privilège de nationalité, et les règles spéciales de compétence interne qui existent dans certaines matières comme le contrat de travail ou d'assurance (sur les incohérences auxquelles on est conduit, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit.*, 1968.496 et s.).

(1) Soc., 18 octobre 1967 (2 arrêts) et 19 octobre 1967, J.C.P., 1967.II.15293, note G. Lyon-Caen ; *Rev. crit.*, 1968.490, note H. Gaudemet-Tallon.

(2) Ces décisions doivent être rapprochées de l'arrêt de la Cour de cassation (Ch. sociale) du 9 décembre 1960 (J.C.P., 1961.II.12029, note Mme Simon-Depitre) qui annule la clause compromissaire insérée dans un contrat de représentation (v. *supra*, p. 67).

(3) La nationalité française des salariés semble, en effet, avoir influé sur les solutions adoptées par la Chambre sociale.

(4) Un des arrêts du 18 octobre 1967 (clause attribuant compétence aux juridictions tunisiennes) pourrait à la rigueur être interprété comme ayant apprécié la validité de la clause au regard de la loi française du contrat. En effet, les divers indices de localisation relevés par la Cour laissent penser qu'elle estimait que la loi française était applicable au contrat de travail. Dans les autres décisions, des éléments de localisation sont mis également en évidence, mais au bénéfice des lois étrangères.

(5) Civ., 9 janvier 1968, *Viala*, J.C.P., 1968.II.15451, note Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1968.490, note H. Gaudemet-Tallon ; *Clunet*, 1968.717, note Mme Simon-Depitre.

(6) L'opposition des décisions de la Chambre sociale et de la Chambre civile peut paraître d'autant plus curieuse que celle de la Chambre civile conduit véritablement à un déni de justice. En effet, le contrat de travail contenait une clause qui interdisait au salarié de retourner pendant 3 ans dans le pays dont la compétence des tribunaux avait été stipulée (Libéria). Une explication ingénieuse de cette opposition est proposée par M. Paul LAGARDE (*Rev. crit.*, 1969, p. 301, note 1). La clause attributive de juridiction à un tribunal étranger serait valable si les tribunaux français ne sont compétents que sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil : elle vaut, alors, renonciation à ces articles 14 et 15. Au contraire, la clause serait annulable dès lors que les tribunaux français sont également compétents en vertu de règles internes de compétence territoriale, l'article 81 s'opposant dans ce cas à ce qu'il y soit dérogé.

mençant par remarquer que ces dispositions d'ordre public interne ne s'appliquent pas nécessairement dans les rapports internationaux pour, ensuite, déterminer le rattachement de ces matières sur le plan international, à moins que la nécessité d'adopter des règles spéciales à l'ordre international ne leur paraisse évidente (1), — procédé qui peut s'analyser comme une absence de rattachement législatif —. Or en l'espèce, un rattachement à la loi du contrat de travail paraît légitime (2), les règles de compétence en matière de droit du travail étant davantage des règles de fond que des règles de procédure (3). Aussi, eut-il été plus logique, dans les espèces soumises à la Cour de cassation, de déterminer la loi normalement compétente quitte à l'écarter éventuellement, si la nécessité qu'un litige relatif à des relations de travail soit dévolu à des juridictions prud'homales paraissait essentielle aux conceptions françaises. Car, c'est l'incidence de la clause de prorogation de for sur la compétence d'attribution et non ses effets sur la compétence territoriale qui importait ici (4), — bien que la jurisprudence interne (5) admette que l'article 81 annule *toutes* les clauses attributives de juridiction qu'elles dérogent aux règles de compétence d'attribution ou de compétence territoriale (6). Si le dernier arrêt de la Cour de cassation, rendu par la Chambre civile le 9 janvier 1968, laisse entendre que les exigences de l'ordre public international français ne sont pas aussi fortes, il paraît encore prématuré d'affirmer que telle est la position définitive de la jurisprudence française en cette matière. On ne peut que constater que la compétence de la loi du contrat n'est pas retenue.

(1) En tout état de cause, il ne semble pas que l'arrêt du 9 janvier 1968 consacre une telle règle et que toutes les clauses attributives de juridiction soient valables dès que le contrat dépasse la sphère juridique interne. En ce domaine une règle matérielle spéciale à l'ordre international est inconcevable. Seule la soumission de la clause à une loi positive peut permettre d'éviter que soit imposée au salarié la compétence d'une juridiction qui ne lui accorderait aucune garantie ou dont l'accès serait mal commode.

(2) D'autant plus qu'on a pu appliquer la loi du contrat de travail pour déterminer le tribunal compétent, en l'absence de clause (dans ce sens, Cour de Lyon, 27 février 1967, *Clunet*, 1968.103, note Mme Ribettes-Tillhet). Ceci n'est cependant exact que si la loi du contrat est déterminée par une localisation du contrat au lieu d'exécution du travail. Sinon il semble permis de voir dans les règles de compétence relatives au contrat de travail, des règles de *police du travail*, qui dépendent de la loi locale (v. *infra*, n°s 300 et s., et la note 5, p. 299).

(3) Dans ce sens également, LYON-CAEN, note préc. J.C.P., 1967.II.15293.

(4) Ce qui permet de mieux comprendre pourquoi les arrêts rendus par la Chambre sociale en 1967 ont estimé que l'article 81 s'opposait à toute renonciation à l'article 14 du Code civil.

(5) Notamment Soc., 16 décembre 1960, D., 1961.172.

(6) Ce qui paraît contestable (cf. sur ce point, les observations de Mme Gaudemet-Tallon, *Rev. crit.*, 1968.499).

84. — Il apparaît ainsi, à l'issue de ces développements, que si la soumission de la formation du contrat, c'est-à-dire de ses conditions de validité ou même d'existence, à la loi du contrat a été affirmée par les arrêts de la Cour de cassation (1) qui se prononçaient sur la loi applicable au contrat international, ce principe n'est pas d'application générale.

(1) V. *supra*, n° 14.

CHAPITRE II

LES EFFETS DU CONTRAT

85. — Le contrat n'étant conclu qu'en vue de produire des effets, la soumission de ceux-ci à la loi du contrat semble naturelle, alors même que l'unité légitime du contrat commande l'application de la loi qui a également présidé à sa formation (1). La compétence générale de la loi du contrat paraît, en effet, résulter des termes de l'arrêt du 5 décembre 1910 (2), suivi depuis de nombreuses décisions semblables (3). Mais, en réalité, la portée plus ou moins large du principe posé dépend de ce qu'on entend exactement par l'expression « effets du contrat ».

Si l'indétermination de la notion d'effets du contrat n'a guère de répercussions sur le plan interne, la précision devient essentielle sur le plan international, dans la mesure où son analyse peut conduire à des rattachements différents. Or si cette notion est prise dans un sens très large, et si on y comprend tout ce qui est lié à l'opération contractuelle, depuis la création du lien obligatoire jusqu'à l'effacement total de la situation contractuelle, il paraît douteux que la compétence de la loi du contrat soit générale.

Les tribunaux n'ont certes pas apporté des solutions à toutes les difficultés qui peuvent se présenter dans les relations contractuelles internationales. C'est pourquoi, il est nécessaire de justifier la compétence de la loi du contrat sur les principaux points alors même que celle-ci a pu être contestée, ou de préciser dans quelles circons-

(1) Ce qui apparaît d'ailleurs dans la jurisprudence étrangère qui a abandonné le morcellement systématique de la formation et des effets du contrat (*supra*, nos 47 et s.).

(2) Civ., 5 décembre 1910, S., 1911.1.129, note Lyon-Caen, *Rev. crit.* 1911.1395; *Clunet*, 1912.1156.

(3) Cass., 31 mai 1932, S., 1933.1.17, note Niboyet, D. 1933.1.169, note Crémieux, *Rev. crit.*, 1934.909, *Clunet*, 1933.347; Req., 2 novembre 1937, *Clunet*, 1938.480, S., 1938.1.30; Civ., 12 mai 1930, S., 1931.1.129, note Niboyet, *Clunet*, 1931.165 (en matière de conflit interprovincial). — V. également Civ., 15 mai 1935, S., 1935.1.244, *Clunet*, 1936.601, *Rev. crit.*, 1936.463, note Niboyet; Com., 20 octobre 1953, *Bull. civ.*, III, n° 310, p. 218, *Rev. crit.*, 1954.386, note Loussouarn, S., 1934.1.121, note Lescot; Paris, 12 mars 1908, *Gaz. Pal.*, 1908.2.84; Paris, 15 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.701; Douai, 2 novembre 1933, *Rev. crit.* 1935.136, note Galeb.

tances ce rattachement peut ou doit être écarté, sans pour autant adhérer au morcellement systématique suggéré par les auteurs anciens.

86. — Le principe de la compétence de la loi du contrat n'est guère contestable en ce qui concerne la création même du lien contractuel, c'est-à-dire *la force obligatoire du contrat* (1). On imagine mal d'ailleurs qu'elle y ait sur ce point des difficultés sur le plan international, tant le principe posé par l'article 1134 du Code civil français (2) est général, même si la formulation peut en être différente dans les divers systèmes juridiques. La difficulté est déjà plus grande relativement aux effets directs du contrat, à savoir la création d'obligations à la charge de l'un ou des deux contractants et éventuellement la création ou le transfert de droits réels. Mais ayant écarté les interférences possibles de la loi réelle sur le domaine contractuel, nous limiterons notre propos aux seules obligations créées par le contrat (3). C'est en matière d'exécution du contrat que les objections faites à la compétence de la loi du contrat ont été les plus vives. On a fait principalement valoir que la loi du lieu où se matérialisait l'exécution, avait quelque titre de compétence, bien que l'exécution relevât incontestablement du domaine contractuel. Mais nous verrons que le bien-fondé de ces objections n'a qu'une valeur limitée, et que l'unité de l'opération contractuelle commande dans une large mesure l'application de la loi selon laquelle la validité du contrat a été appréciée, c'est-à-dire la loi du contrat. La solution paraît s'imposer également, sous certaines réserves, lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences de l'inexécution du contrat qui sont liées, elles-mêmes, au principe de la force obligatoire du contrat. La délimitation du domaine de la loi du contrat se fera donc dans les trois sections suivantes : **Les obligations des parties** (*Section I*) ; **L'exécution du contrat** (*Section II*) ; **Les conséquences de l'inexécution du contrat** (*Section III*).

(1) Cf. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 604.

(2) Art. 1134, al. 1, C. civ. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

(3) Il s'agira d'ailleurs des obligations créées entre les parties et non de celles qui pourraient incomber à l'une des parties à l'égard des tiers. Notons que la jurisprudence admet que la stipulation pour autrui résultant d'un contrat d'assurance sur la vie ou d'un contrat de transport relève de la loi du contrat (v. BATIFFOL, *Contrats*, nos 454 et s.). Sur le principe général de la relativité des effets du contrat, cf. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 603. — Pour une exclusion des effets du contrat à l'égard des tiers du domaine de la loi du contrat, en matière de vente d'objets mobiliers, v. la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de ventes d'objets mobiliers corporels (cf. notamment LOUSSOUARN, « La Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Mélanges Julliot de La Morandière*, Dalloz, 1964, p. 313 et s.).

SECTION I

LES OBLIGATIONS CRÉÉES PAR LE CONTRAT

87. — La loi du contrat détermine, en principe, l'étendue des obligations (§ 1) créées par le contrat à la charge de l'une ou l'autre des parties, ou des deux lorsque le contrat est synallagmatique, principe qui, dans une large mesure, devrait permettre également de fixer la durée de ces obligations (§ 2).

§ 1. — L'étendue des obligations

88. — Deux points seront ici précisés, d'une part la détermination des obligations nées du contrat (A), d'autre part, la modification de celles-ci par suite de circonstances postérieures à la conclusion du contrat (B).

A. — LA DÉTERMINATION DES OBLIGATIONS DES PARTIES.

89. — La détermination des obligations nées du contrat et de leur contenu appelle peu de commentaires tant il est évident que l'insuffisance des stipulations des parties entraîne la nécessité d'y suppléer par les dispositions d'un système législatif positif (1). De même que la loi applicable au contrat a, au stade de la formation du contrat, délimité impérativement le contenu licite de la convention (2), de même les dispositions supplétives de cette loi (3) compléteront les prévisions des parties (4). La remarque est d'ailleurs valable également en ce qui concerne les obligations impérativement imposées par la loi (5), mais nous verrons que certaines atténuations

(1) V. sur cette idée, la sentence rendue par le président Cassin, dans l'affaire dite des *Cargaisons déroutées*, 10 juin 1955, *Rev. crit.*, 1956.278, note H. Batiffol.

(2) V. *supra*, n°s 44 et s.

(3) On peut même étendre le principe aux usages du pays dont la loi régit le contrat.

(4) V. par exemple, Douai, 21 juin 1955, *Rev. crit.*, 1956.71, note Loussouarn (étendue des obligations de l'assureur); Trib. civ. Strasbourg, 29 juin 1960, J.C.P., 61.II.11909, note J. C. — Le même principe est reconnu à l'étranger. V. notamment Trib. du Danemark oriental, 3 juin 1954, *Clunet*, 1960.493; Trib. de La Haye, 22 décembre 1954, N.J., 1956.167, *Clunet*, 1959.504; B.G.H., 13 juillet 1954, *Clunet*, 1958.237. — V. RABEL, t. II, p. 531 (le principe a été retenu par l'article 346 du Second Restatement aux Etats-Unis).

(5) On peut cependant se demander si le juge n'aura pas tendance à faire application de ses propres conceptions, en ce qui concerne certaines obligations, telle l'obligation de sécurité.

devront être apportées à ce principe en raison du caractère de lois de police de certaines dispositions (1). Plus délicats sont ici les problèmes posés par *l'interprétation du contrat*.

90. — En effet, lorsque la volonté des parties dans la détermination du contenu du contrat ne s'est pas clairement exprimée, celle-ci doit être interprétée. Or les méthodes d'interprétation des contrats sont quelque peu différentes dans les divers systèmes juridiques. En France, comme dans les pays anglo-saxons (2), on doit « plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » de la convention, « rechercher quelle a été la commune intention des parties » (3). A l'opposé de cette méthode subjective, selon laquelle la volonté interne des contractants importe davantage que l'expression formelle de cette volonté, le système germanique s'attache à la déclaration de volonté des parties, interprétée éventuellement en fonction de données objectives (4). Cette divergence, d'ailleurs peut-être exagérée (5), des méthodes d'interprétation, fondée sur la volonté réelle ou sur la volonté exprimée des contractants, est accentuée par la diversité des règles positives d'interprétation des contrats (6). L'étendue des obligations étant alors tributaire de l'interprétation du contrat, il importe de savoir à quel système le juge saisi doit se référer.

91. — A première vue, on pourrait penser que l'interprétation du contrat doit être faite selon la loi du lieu où il a été conclu, non pas en raison de l'importance de ce point de rattachement, mais du fait des termes mêmes de l'article 1159 du Code civil, ainsi rédigé, « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat a été passé ». Mais il est fort douteux que ce texte de droit interne ait une portée internationale. S'il n'y a guère de motifs de retenir la compétence de la loi du lieu de conclusion (7), il n'y

(1) V. *infra*, nos 299 et s.

(2) POLLOCK, *On the Contracts*, p. 197.

(3) Art. 1156, C. civ. français. On conteste généralement l'expression « volonté commune » des contractants, puisque précisément ils ont une volonté inverse. V. sur ce point, CASTANOS, « Les rapports de la volonté dans les traités-lois et dans les traités-contrats », *Mélanges Sefériades*, Athènes, 1961, t. I, p. 351-365.

(4) V. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* (Préf. R. Perrot), 1961 ; VON TUHR, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, 1942, p. 259.

(5) Sur l'absence d'opposition fondamentale entre le système français et le système des pays germaniques quant aux méthodes d'interprétation, v. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, n° 68.

(6) Cf. par exemple, les articles 1156 à 1164 du Code civil français.

(7) La solution a cependant été parfois retenue par la jurisprudence américaine (cf. sur ce point, RABEL, t. II, p. 531) et également par le premier Restatement (par. 332-f).

en a pas davantage en ce qui concerne la loi du lieu d'exécution (1), encore qu'on l'ait suggéré, au motif que c'était en ce lieu que se concrétisaient et se matérialisaient les obligations des parties.

Au contraire, la compétence de la *loi du contrat* s'impose (2). D'une part, parce que l'interprétation du contrat est un problème de *droit* dont dépend le contenu du contrat. Et d'autre part, il paraît logique de considérer que les parties en choisissant expressément la loi applicable au contrat, ou en localisant leur contrat, se sont référées à l'ensemble du système législatif en question, tant à la lettre qu'à son esprit.

Cependant il faut reconnaître que le principe sera souvent atténué par l'intervention de la *lex fori* (3). Non seulement parce que les juges auront tendance à se référer aux principes d'interprétation qu'ils utilisent habituellement, c'est-à-dire ceux de la *lex fori*, mais aussi parce que la *lex fori* peut seule délimiter le pouvoir d'interprétation des juges du fond (4) et le contrôle éventuel de la juridiction suprême, par le biais de la dénaturation des contrats.

92. — Le problème se pose différemment lorsqu'il s'agit d'interpréter les *termes* du contrat (5), encore que ceux-ci puissent avoir

(1) Salicet repoussait déjà cette solution, car les parties n'avaient pu connaître la teneur de cette loi (v. LAINÉ, t. I, p. 179). — V. pour le rejet de l'interprétation du contrat en fonction de la loi du lieu d'exécution en Grande-Bretagne, *Saint-Pierre/South American Stores, C.A.*, juin 1937, *Clunet*, 1938.589; plus récemment *Campas/Kentucky and Indians Terminal Railroad Company, Q.B.*, 29 mai 1962, *Clunet*, 1965.462.

(2) BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 604; BATIFFOL, *Contrats*, n° 481; RABEL, t. II, p. 532; DICEY, 6^e éd., p. 646; CHESHIRE, 7^e éd., p. 213 et s.; WOLFF, 2^e éd., p. 932. Cf. QUADRI, « L'interpretazione dei negozi giuridici », *Studi critici*, p. 241 et s.; CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, n° 51. La solution a été généralement adoptée par la jurisprudence : Cass., 23 novembre 1892, S., 1894.1.441; Cass., 11 janvier 1943, *Clunet*, 1945.115 (décision implicite); Cass., 24 avril 1952, *Rev. crit.*, 1952.502, note Motulsky. — A l'étranger, *Feist/Société intercommunale belge* (1933), ch. 684, *Clunet*, 1934.695, *Nouv. Rev.*, 1934.129; *Saint-Pierre/South American Store, C.A.*, juin 1937, *Clunet*, 1938.589; *Bonython/Commonwealth of Australia*, 30 octobre 1950, *Clunet*, 1954.591; Trib. féd. suisse, 5 décembre 1961, *Clunet*, 1965.940, note Lalive. La même solution a été retenue par le Second Restatement aux Etats-Unis (par. 334-e 1 et 2).

(3) Certains auteurs ont d'ailleurs proposé d'interpréter le contrat uniquement selon la *lex fori* : SURVILLE, p. 332, n° 219; VALÉRY, p. 978, n° 678; LAURENT, n° 479 et s.; VON BAR, t. II, p. 34. — V. la critique dans RABEL, t. II, p. 532, note 55.

(4) V. par exemple, *Com.*, 6 juillet 1966, J.C.P., 1967.II.15088, note Ph. Kahn, où la Cour admet l'interprétation du contrat faite par les juges du fond sans même que la loi applicable au contrat ait été déterminée.

(5) La distinction qui n'est pas toujours faite clairement a été posée par le juge Lindley dans une décision assez ancienne : *The expression « construction » includes two things : first the meaning of the words ; and secondly their legal effect which is to be given to them* (in, *Chatenay/Brazilian Submarine Telegraph Co* (1891), 1 Q.B., 79 spéc. 85). — V. sur cette distinction BATIFFOL, *Contrats*, p. 400 et RABEL, t. II, p. 534.

influence sur le contenu des obligations des parties. L'interprétation des termes utilisés est en effet en principe une question de *fait* et l'on conçoit que la compétence de la loi du contrat ne s'impose pas de la même manière (1). La solution ici, ne saurait être que multiple et seul le bon sens du juge peut l'orienter, — le pouvoir d'interprétation du juge du fond étant ici encore souverain (2) —, l'interprétation des termes du contrat se fera, tantôt en fonction du système juridique du pays de la langue employée (3), tantôt elle se fera selon la loi du lieu d'exécution, lorsque les termes ambigus sont relatifs à l'exécution du contrat (4), ou encore selon la loi du lieu de conclusion, si l'espèce le requiert (5), ou même semble-t-il, selon les règles d'interprétation élaborées par la Chambre de commerce international telles que les Incoterms (6), ou encore, comme en a décidé un arrêt canadien, selon les usages du monde des affaires (7).

93. — Si la compétence de la loi du contrat est donc limitée à l'interprétation *stricto sensu* du contrat, on peut se demander si la *détermination de la nature du contrat* est également une question d'interprétation, soumise à la loi du contrat ou une question de qualification soumise en conséquence à la *lex fori*.

De la qualification donnée au contrat résulte l'application de règles différentes (8) mais non, semble-t-il, l'application d'une loi diffé-

(1) Selon CHESHIRE, 7^e éd., p. 214, il faut cependant présumer que les parties se sont référées au sens des mots dans le système juridique choisi pour régir le contrat. Dans ce sens *Bonython/Commonwealth of Australia*, 30 octobre 1950, *Clunet*, 1954.191.

(2) Com., 25 juin 1968, *Clunet*, 1969.96, note Ph. Kahn ; selon la Cour, la traduction d'un contrat rédigé en langue étrangère comporte une interprétation du contrat relevant du pouvoir souverain des juges du fond, et ne saurait encourir le grief de dénaturation. — Cf. MALAURIE, « Le droit français et la diversité des langues », *Clunet*, 1965.587.

(3) Dans ce sens, FOOTE, *Private International law*, 1925.418. — Pour la jurisprudence, v. Bordeaux, 14 juin 1899, *Clunet*, 1900.128 ; Trib. com. Aix, 30 juin 1909, *Clunet*, 1910.143 ; Trib. régional d'Hambourg, 2 janvier 1905, *Clunet*, 1905.390 ; R. G., 22 mai 1897, R.G.Z., 39.65 ; R.G., 27 novembre 1928, R.G.Z., 122.233.

(4) Le principe a été retenu par l'article 6 des Résolutions de l'Institut de droit international (1908). V. ARMINJON, t. II, n° 115, qui admet cette solution, seulement lorsque le lieu d'exécution diffère du lieu de conclusion. LORENZEN, 31 *Yale Law Journal* 65 ; BEALE, *A Treatise*, t. II, p. 1261, notes 1, 2 et 3.

(5) ARMINJON, t. II, n° 115 (lorsque le lieu de conclusion et le lieu d'exécution coïncident) ; WESTLAKE, *Private International Law*, par. 39 et 211.

(6) Sur le problème de savoir à quel titre on pourrait tenir compte des règles d'interprétation des Incoterms, lorsque les parties ne s'y sont pas expressément référées dans leur contrat, v. Frédéric EISEMANN, *Die Incoterms in internationalen Warenkaufrecht — Wesen und Geltungsrund*, Stuttgart, 1967, 67 p.

(7) Cour de l'Echiquier du Canada, R. C. SINGER, *Mfg. Co* [1968], 1 Ex. C.R. 129, *Clunet*, 1969.698.

(8) Et par voie de conséquence, les obligations incombant aux contractants seront différentes.

rente, le droit international privé français n'admettant pas de rattachements particuliers pour les diverses catégories de contrats. Il ne s'agit donc pas d'une véritable qualification au sens du droit international privé, c'est-à-dire dont dépendrait éventuellement le rattachement législatif du contrat, mais de l'interprétation du contrat, soumise en conséquence à la loi du contrat.

94. — On pourrait penser que la Cour de cassation n'en a pas accepté le principe dans un arrêt du 9 décembre 1960 (1). Il s'agissait en l'espèce de savoir si le contrat, passé entre un commerçant marseillais et une entreprise tchécoslovaque d'importation et d'exportation de véhicules, était ou non un contrat de représentation commerciale. Le contrat avait été soumis par les parties au droit tchécoslovaque. Le pourvoi soutenu par l'entreprise tchécoslovaque, reprochait à la décision du Tribunal civil de Marseille du 24 décembre 1957, de s'être référée au droit français pour qualifier la convention, alors que « la nature juridique et les effets du lien unissant les parties devaient être déterminés... selon la loi tchécoslovaque choisie par les contractants ». La Chambre Sociale rejeta le pourvoi et confirma la compétence de la *loi française* pour qualifier la nature juridique du contrat.

La Cour a-t-elle estimé qu'il s'agissait là d'un véritable problème de qualification préalable à la détermination de la loi compétente, ou bien rejette-t-elle le principe de la compétence de la loi contractuelle pour l'interprétation du contrat ? La décision est à vrai dire assez ambiguë. On peut croire que la Cour a estimé que la qualification du « contrat de représentation » entraînait le rattachement de celui-ci à la loi française, en raison du caractère d'ordre public de la législation française pour tout travail effectué en France (2), et qu'en conséquence, devait être écarté le choix par les parties de la loi tchécoslovaque (3). Et dans un second temps, la Cour aurait fait application des règles d'interprétation de la « nouvelle » loi contractuelle, issues de l'article 29 du Code du Travail (modifié par la loi du 7 mars 1957) selon lequel, les dispositions du Code du Travail relatives aux conventions dont l'objet est la représentation, sont applicables « quelle que soit la qualification qui leur est donnée par les parties » et « nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence ».

(1) Soc., 9 décembre 1960, *Etablissements Motokov/Semeriva*, J.C.P., 1961.II. 12029, note Marthe Simon-Depitre.

(2) V. *infra*, n° 310.

(3) La compétence impérative de la loi du lieu d'exécution serait ainsi un exemple de la possibilité pour le juge de redresser le choix de la loi applicable au contrat, lorsqu'il ne correspond pas à l'économie du contrat (v. cependant, l'arrêt contradictoire rendu par la Cour de cassation le 1^{er} juillet 1964, *Rev. crit.*, 1966.47, note Mme Simon-Depitre, qui applique la loi française bien que le contrat ait été exécuté en Allemagne, v. *infra*, n° 310).

Mais il semble en définitive que la Cour n'ait pas entendu résoudre la question de savoir si la détermination de la nature du contrat était une question de qualification ou d'interprétation. C'est pourquoi il est permis de penser que la détermination de la nature juridique d'un contrat est une question d'interprétation soumise à la loi du contrat, du moins tant que les différentes catégories de contrats n'obéissent pas à des règles de rattachement particulières.

Si la loi du contrat paraît avoir compétence lorsqu'il s'agit de déterminer les obligations nées du contrat et leur contenu, il doit en être de même lorsque celles-ci sont modifiées par suite de circonstances postérieures à la conclusion du contrat.

B. — LA MODIFICATION DU CONTENU DES OBLIGATIONS.

95. — Le contenu des obligations du contrat est en principe déterminé lors de la conclusion de celui-ci, mais il peut se trouver modifié par suite de circonstances postérieures (1). Notamment, des circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat peuvent rompre l'équilibre des prestations des contractants (2), et rendre plus onéreuse l'exécution des obligations du débiteur ; seule la *révision du contrat* peut rétablir cet équilibre (3). Toutes législations n'accordent pas au juge le pouvoir de modifier le contrat (4), voire de le supprimer, en dehors de la volonté commune des contractants (5) et l'on peut se demander si la révision du contrat pour

(1) Celui-ci peut être également modifié par suite de modifications législatives de la loi applicable au contrat. Car il ne fait pas de doute que les parties ne peuvent exclure les dispositions à venir du système juridique choisi, bien que la Cour de cassation l'ait admis dans son arrêt du 21 juin 1950 (*Messageries Maritimes*, *Rev. crit.*, 1950.609, note H. Batiffol). — V. sur ce point, BATIFFOL, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Contrats et Conventions*, nos 34 et s.

(2) Sur le déséquilibre des prestations lors de la conclusion même du contrat, v. *supra*, p. 29 et s.

(3) Néanmoins, si le déséquilibre est grave au point de rendre impossible l'exécution, le débiteur pourra être déchargé si les conditions de la force majeure sont remplies (V. *infra*, nos 144 et s.).

(4) Le droit français, en effet, depuis l'arrêt du *Canal de Craponne* (Civ., 6 mars 1876, S., 1876.1.161, D., 1876.1.193) refuse d'admettre la révision pour imprévision des contrats de droit privé, tandis que les Tribunaux administratifs l'admettent en matière de contrats administratifs. (Quelques lois cependant l'ont admise exceptionnellement). Au contraire, la révision du contrat pour imprévision est admise en Italie (art. 1467-1469, C. civ. italien) ainsi que par la jurisprudence allemande, suisse et anglaise. — Cf. sur ce point, CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, n^o 69. V. également, POPESCU, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, thèse Paris, 1937.

(5) Pour la modification du contrat, par la volonté commune des parties, v. les solutions adoptées en matière d'immutabilité des régimes matrimoniaux, Req., 4 janvier 1935, D.P., 1936.1.13, rapport Pilon, note Savatier (loi du contrat de mariage). V. Colmar, 13 mai 1960, *Rev. crit.*, 1962.88, note Caleb (conflit dans le temps en Alsace-Lorraine).

imprévision ne doit pas être rattachée au pouvoir du juge saisi et donc à la *lex fori*. Mais dans la mesure où la révision du contrat porte atteinte au principe de la force obligatoire du contrat, et conduit à une modification du contenu des obligations, déterminé par la loi contractuelle, la compétence de la loi du contrat s'impose (1), sauf une éventuelle intervention de l'ordre public lorsque celle-ci heurte trop vivement les conceptions du *for* (2).

96. — La modification du contrat peut également résulter de la *réfaction du contrat*, notamment en matière de vente. La faculté d'intenter une action estimatoire (3) en réduction du prix, fondée sur la garantie due à l'acheteur des vices cachés de la chose, doit dépendre de la loi du contrat. La jurisprudence française ne s'est pas prononcée à notre connaissance sur ce point, mais on peut songer à une interférence de la loi du lieu d'exécution ou plus précisément de celle du lieu de livraison de la marchandise. Nous verrons, en effet, que la dénonciation des vices doit se faire le plus souvent au lieu d'exécution et que les délais de réclamation paraissent devoir être fixés par la loi qui y est en vigueur (4). Mais cette règle ne saurait conduire à rejeter la compétence de la loi du contrat, en matière de réfaction du contrat, en raison du lien qu'elle présente avec la garantie due par le vendeur. De ce fait même, la réfaction du contrat apparaît comme le résultat d'une action en responsabilité contractuelle, la réduction du prix tenant lieu d'attribution de dommages-intérêts à l'acheteur. Or nous verrons que la responsabilité contractuelle relève en principe, de même que les options offertes au créancier en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, de la loi du contrat (5).

La jurisprudence allemande semble s'être prononcée en faveur de la loi du contrat, bien que cela ne soit pas évident de prime abord. La Cour fédérale, dans un arrêt du 14 février 1958 (6) a, en effet, admis que les actions redhibitoires et estimatoires dépendaient de la loi en vigueur au lieu d'exécution des obligations de l'acheteur parce

(1) V. dans ce sens, quoique implicitement, Seine, 23 février 1966, *Rev. crit.*, 1967.130, note R. Dayant. Le tribunal a, par application de la *loi française applicable au bail* d'un immeuble situé en Algérie, refusé la *réduction du loyer* demandée par le preneur. Celui-ci avait invoqué les pertes qu'il subissait du fait de la diminution de sa clientèle par suite du départ des Français d'Algérie.

(2) Dans ce sens, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 606 ; BATIFFOL, *Contrats*, n° 487.

(3) Le droit français accorde, on le sait, une option entre l'action estimatoire qui tend à une réduction du prix, et l'action redhibitoire, qui tend à la résolution de la vente.

(4) V. *infra*, n°s 151 et s.

(5) V. *infra*, n°s 127 et s.

(6) Cour fédérale de la République fédérale d'Allemagne, 14 février 1958, *Rev. crit.*, 1958.542, note Mezger. — V. également R.G.Z., 46.193-195 ; 73, 379, 390 ; 81, 273, 275. V. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 4^e éd., p. 482.

que ces actions sont rattachées en droit allemand à l'obligation de l'acheteur de payer le prix (1). Mais on peut considérer que cette loi a été reconnue compétente (2) à titre de loi du contrat, la jurisprudence allemande soumettant chaque obligation du contrat à la loi du lieu de son exécution, lorsqu'il est impossible de déterminer une loi unique applicable au contrat, faute de choix exprès, implicite ou même hypothétique des parties. Il semble donc que la loi du contrat, compétente pour déterminer le contenu des obligations des parties, le soit également quant aux circonstances qui sont susceptibles de le modifier (3).

97. — Nous avons pu constater le large domaine d'intervention de la loi contractuelle, pour délimiter l'étendue des obligations créées par le contrat. La même situation devrait se retrouver, lorsqu'il s'agit de délimiter dans le temps les obligations du contrat, mais nous verrons qu'il n'en est pas toujours ainsi.

§ 2. — La durée des obligations

98. — La durée des obligations dépend du moment où prennent naissance les obligations du contrat et du moment où ces obligations s'éteignent, que ce soit par l'exécution du contrat (4) ou par d'autres modes d'extinction. Assez paradoxalement, c'est dans ce domaine que la compétence de la loi du contrat est la moins générale, mais cela peut s'expliquer, le plus souvent, parce que les modes d'extinction

(1) Cela bien qu'en définitive, l'obligation de restitution incombât au vendeur, au motif que la loi applicable ne doit pas dépendre du fait contingent que le prix a déjà été réglé (*Rev. crit.*, 1958, p. 545).

(2) On peut, d'autant plus estimer que la compétence de la loi du contrat a été reconnue, qu'en définitive, le Tribunal fédéral a appliqué la loi allemande par suite du renvoi de la loi italienne, loi du statut de l'acheteur, c'est-à-dire la loi du lieu d'exécution de l'obligation de l'acheteur, loi selon laquelle, le contrat conclu entre deux parties de nationalités différentes est soumis à la loi du lieu de conclusion, en l'absence d'intention contraire. On peut d'ailleurs noter une certaine contradiction dans l'arrêt ; en effet, la Cour fédérale remarque l'intérêt qu'il y a ici à admettre la compétence de la loi du lieu d'exécution, parce qu'elle coïncide avec la loi applicable à la dénonciation des vices ; or, précisément l'admission du renvoi a pour effet de dissocier les deux compétences : la loi italienne reste applicable à la dénonciation des vices, tandis que la loi allemande le devient quant à l'action redhibitoire (v. *infra*, n° 161).

(3) Le rapport d'obligation peut également être modifié sans que le contenu des obligations soit atteint, par des actes extérieurs au contrat lui-même, ainsi par exemple par une cession de créance (v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 611) ou par une délégation, etc..., qui sont alors soumis à une loi propre.

(4) Sur l'exécution du contrat, v. *infra*, n° 107 et s. On peut cependant noter que l'exécution du contrat n'entraîne pas nécessairement l'extinction de toutes les obligations nées du contrat, telles par exemple les obligations de garantie.

des obligations sont variés (1) et ne dépendent pas uniquement du rapport contractuel en cause, telles par exemple la compensation (2) ou la novation (3). En revanche, la prescription des obligations nées du contrat relève à juste titre de la loi du contrat, mais la consécration relativement récente de cette solution par la jurisprudence française, et peut être encore douteuse, justifie qu'on s'y attache (B). Ce qui sera fait après avoir précisé le moment où prennent naissance les obligations d'un contrat international, particulièrement lorsque le contrat est assorti d'un terme ou d'une condition (A).

A. — LA NAISSANCE DES OBLIGATIONS.

99. — En principe, les obligations prennent naissance à la conclusion du contrat lors de l'échange de consentements des contractants, sauf convention contraire des parties (4), ce qui semble devoir ne poser aucune difficulté sur le plan international. Lorsque le contrat est conclu par correspondance, nous avons vu au chapitre précédent (5), qu'il fallait se référer à la *lex fori* et, faute de trouver une meilleure solution, considérer la détermination du moment de formation du contrat comme un problème de qualification. Il s'ensuit que le moment où prennent naissance les obligations contractuelles est alors déterminé par la *lex fori*.

Le problème se pose également en présence d'un terme ou d'une condition affectant la naissance ou, même d'ailleurs, l'extinction des obligations du contrat.

100. — La naissance ou l'extinction des obligations peuvent dépendre d'un *terme* suspensif ou extinctif ou d'une *condition* suspensive ou résolutoire, stipulé par les parties, c'est-à-dire en définitive, d'un événement futur, certain ou incertain selon qu'il s'agit du terme ou de la condition. Les effets de ces modalités diffèrent sensiblement selon les législations. Ainsi en France, l'obligation assortie d'un terme suspensif existe dès la conclusion du contrat, bien qu'elle ne soit pas exigible avant l'arrivée du terme ;

(1) V. DE NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato*, 1931 ; LODIGIANI, « Note sui « modi non soddisfattori » di estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato », *Jus Rivista di scienze Giuridiche*, 1968.302 et s.

(2) Cf. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 614 et BATIFFOL, *Contrats*, n° 563 et s. sur les différentes solutions proposées selon qu'il s'agit de compensation judiciaire conventionnelle ou légale. — V. relativement à cette dernière, Ch. de commerce de Tchécoslovaquie, 27 janvier 1960, *Clunet*, 1962.452, obs. Hanak, mais dans cette espèce, les deux créances étaient soumises à la même loi.

(3) V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 611, note 56.

(4) V. *infra*, n° 100.

(5) V. *supra*, n° 18.

au contraire l'obligation soumise à une condition suspensive n'existe que, lorsque et si, la condition est accomplie, mais l'effet principal réside dans la rétroactivité de la condition, que celle-ci soit suspensive ou résolutoire (1). En revanche, cet effet n'existe pas en droit allemand (2) et suisse (3) par exemple, qui ont abandonné le principe de la rétroactivité de la condition. Il importe donc qu'une loi précise détermine les conséquences des modalités dont sont assorties les obligations. Cette loi ne saurait être que la loi du contrat (4). De même, la loi du contrat doit-elle être compétente en ce qui concerne l'extinction des obligations du fait de la prescription.

B. — LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE.

101. — Il semblerait à voir les dernières décisions rendues en cette matière que la loi applicable à la prescription extinctive des obligations contractuelles est sans conteste la loi applicable au contrat, et que l'étude de cette question ne présente qu'un intérêt relatif. Mais en réalité, les décisions les plus formelles sont relatives à la prescription de l'action en responsabilité contractuelle (5) et à cet égard, on peut les rapprocher de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 janvier 1963 (6) qui a affirmé que la prescription de l'action en responsabilité délictuelle dépendait de la loi délictuelle. Aussi peut-on se demander si le principe de la compétence de la loi du fond n'a pas été uniquement posé en ce qui concerne la prescription des actions en responsabilité (7), qu'elles soient contractuelles (8) ou délictuelles.

(1) V. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, n° 63. Il en est de même en droit italien (art. 1360, C. civ.).

(2) BGB, par. 158.

(3) C.O., art. 151.

(4) BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., p. 674 et *Contrats*, n° 486. Il paraît cependant nécessaire de tenir compte également de la *lex rei sitae*, car la rétroactivité de la condition peut avoir des conséquences importantes sur les droits réels, notamment sur le transfert de propriété (BATIFFOL, *Contrats*, nos 486 et 479. *Contra* : DESBOIS, « Des conflits de lois en matière de transfert de propriété », *Clunet*, 1931.281, spéc. 301). De même sera-t-il nécessaire d'observer les règles de publicité foncière imposées par la *lex rei sitae*, afin d'assurer la protection des tiers.

(5) Com., 7 juillet 1964, D.M.F., 1964.597; Com., 9 janvier 1968, *Clunet*, 1968.735, note Dayant; J.C.P., 1969.II.15739, note Ph. Kahn; *Rev. crit.*, 1969.487, note Jambu-Merlin.

(6) Civ., 3 janvier 1963, D., 1963.241, note Holleaux; *Rev. crit.*, 1963.247, note Bourel; *Clunet*, 1963.1048, note Level.

(7) V. cependant en faveur de la loi applicable à la nullité pour la prescription de l'action en nullité, Civ., 15 mai 1963, *Rev. crit.*, 1964.506, note P. Lagarde; *Clunet*, 1963.996, note Malaurie. *Addé*, dans un autre domaine, l'arrêt cité dans la note 1, p. 141.

(8) V. d'ailleurs les problèmes particuliers posés par la prescription de certaines actions en responsabilité contractuelle, *infra*, nos 157 et s.

En effet, lorsqu'il s'agit de la prescription des *obligations mêmes* (1) nées du contrat, la position de la jurisprudence française est plus douteuse.

102. — Sans doute, deux arrêts de la Cour de cassation en 1950 (2) et en 1960 (3) ont-ils retenu la compétence de la loi du contrat. Mais le dernier est équivoque dans la mesure où le problème n'était même pas posé (4), quant au précédent, il se rattache sans conteste à la jurisprudence antérieure sur cette matière, c'est-à-dire qu'il ne retient la compétence de la loi du contrat que parce qu'elle *était en l'espèce plus favorable au débiteur* (5).

En effet, la *protection du débiteur* constituait le fondement des solutions adoptées jusque là par la jurisprudence française (6) qui rattachait la prescription extinctive des obligations à la loi du domicile du débiteur, bien que diverses autres explications (7) assez

(1) Il faut cependant signaler ici l'arrêt récent de la Cour de cassation rendu, il est vrai, en matière d'accident du travail qui énonce en principe général que « la prescription extinctive d'une obligation est soumise à la loi qui régit celle-ci » (Civ., 21 avril 1971, J.C.P., 1971.II.16825, note Level).

(2) Civ., 31 janvier 1950, *Banque internationale de Pétrograd*, D., 1950.261, note Lerebours-Pigeonnière, S., 1950.1.121, note Niboyet, J.C.P. 1950.II.5541, note A. Weill, *Rev. crit.*, 1950.415, note Lenoan, *Clunet*, 1950.1206, obs. B. Goldman.

(3) Cass., 28 mars 1960, *Estarella/Aubaniac Laurent*, *Rev. crit.*, 1960.202, note H. Batiffol, *Clunet*, 1961.772, obs. Sialleli.

(4) Il s'agissait simplement de savoir si la loi française ou la loi marocaine était applicable au contrat.

(5) Le rapporteur de l'arrêt, le Conseiller Lenoan, disait d'ailleurs lui-même que la décision était en accord avec les anciens arrêts de la Cour suprême (*Rev. crit.*, 1950, p. 419).

(6) La compétence de la loi du domicile du débiteur a été retenue dès 1869 dans un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1869 (S., 1869.1.48, note Labbé. V. également, Civ., 18 juillet 1884, D.P., 1885.1.300) dans la mesure où cette loi peut le protéger dans l'action dont il est l'objet. Les arrêts postérieurs mettent davantage en relief le fondement de la solution : la loi du domicile du débiteur est retenue « en tant qu'elle le protège contre l'action dont il est l'objet », (v. notamment Civ., 9 janvier 1934, *Rev. crit.*, 1934.915, note Niboyet, *Clunet*, 1934.672, note Tager ; Civ., 1^{er} juillet 1936, *Rev. crit.*, 1937.175, *Clunet*, 1937.302).

(7) Dans une première explication, la loi du domicile du débiteur serait retenue en tant que loi du lieu où se localise la créance (v. d'ailleurs expressément dans ce sens Paris, 21 mai 1935, *Rev. crit.*, 1936.149 ; Paris, 13 janvier 1947, *Rev. crit.*, 1947.297 (arrêt cassé par l'arrêt du 31 janvier 1950 précité), or il est peu conforme à l'unité du contrat de localiser ainsi fictivement les obligations auxquelles il donne naissance (v. sur ce point, Labbé, note S., 1869.1.50 et BATIFFOL, *Contrats*, n° 585 et n° 39 bis sur les critiques faites à la conception de Savigny). Dans une seconde explication la loi du domicile du débiteur serait appliquée à titre de *lex loci solutionis* (v. LEHR, « De la prescription extinctive en droit international privé », *Rev. dr. int.*, 1881.516 et s.), ceci ne peut être exact que lorsque la dette est quérable, non si elle est portable, ce qui dépend de la loi du contrat. Il ne semble pas davantage que la loi du domicile ait été appliquée parce qu'elle coïncidait avec la nationalité française du débiteur (v. PHILONENKO, « De la prescription extinctive en droit international privé », *Clunet*, 1936.259 et s.) ou avec la *lex fori*

peu satisfaisantes aient été proposées et qui de plus, ne justifiaient pas davantage une telle solution.

103. — En effet cette solution est non seulement critiquable par le rattachement retenu, mais également parce qu'elle ne repose pas sur une *qualification* de la prescription, qui seule peut conduire au rattachement de celle-ci sur le plan international.

Tout d'abord, il n'est pas douteux que le rattachement retenu est contestable tant par ses motifs que par l'absence de prévisibilité qui en résulte. On ne voit guère en effet pourquoi le débiteur mériterait plus que le créancier d'être protégé, et surtout pourquoi la loi de son domicile lui serait nécessairement plus favorable (1). De plus, il paraît peu adéquat, s'agissant de fixer un délai de prescription, d'adopter un rattachement mobile (2). A cette absence de prévisibilité, s'ajoute un illogisme certain lorsque le contrat est synallagmatique et que les obligations de chacun des contractants se trouvent ainsi soumises à des délais de prescription différents. Si la compétence de la loi du domicile du débiteur encourt ainsi de sérieuses objections, il en est de même du défaut de qualification de la prescription que cette solution implique. Or la qualification de la prescription extinctive des obligations contractuelles constitue un préalable nécessaire.

104. — Le problème se résout principalement (3) dans cette alternative : la prescription est-elle une institution de fond ou une institution de procédure (4) ? Dans le premier cas, un rattachement

que ce soit en tant que loi d'ordre public (dans ce sens *Bartin, Principes*, T.I., p. 430) ou en tant que loi applicable à la procédure (v. *Labbé*, note S., 1869.1. 48 et s.).

(1) V. J. DONNEDIEU de VABRES, thèse, p. 275 (v. en faveur de la loi la plus favorable que ce soit celle du domicile du créancier ou du débiteur, *MERIGNAC*, « Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive en droit international privé », *Rev. dr. int.*, 1884.113 et s.).

(2) Il faut noter que généralement c'est le domicile du débiteur au jour du procès qui a été pris en considération (cf. les réserves de la Cour de Paris, 6 juillet 1937 *Clunet*, 1938.78 sur la possibilité d'un changement de domicile frauduleux). Pour un refus de tenir compte d'un changement de domicile Seine, 2 juin 1881, *Clunet*, 1881.235. V. le curieux système proposé par VON BAR (*Internationales Privatrecht...* 1^{re} éd., § 79, p. 279) pour tenir compte des divers changements de domicile du débiteur.

(3) La diversité des fondements attribués à la prescription ne peut, en effet, conduire à la détermination d'une qualification de celle-ci (sur la diversité de ces fondements, voir notamment *BATIFFOL*, *Contrats*, p. 455 et s.). C'est pourquoi en particulier le caractère d'ordre public ou d'élément de paix sociale de la prescription ne peut fournir un principe de qualification de celle-ci en vue de son rattachement sur le plan international. Cf. *LODIGIANI*, « Note sui » *modi non satisfattori di estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato* », *Jus Rivista di scienze giuridiche*, 1968.302 et s., sp. 336 et s.

(4) Pour M. *MORULSKY* (*Rép. Dalloz dr. int.*, V^o Procédure), cette alternative ne semble pas se poser au niveau de la qualification de la prescription en droit

à la loi du contrat s'impose, dans le second cas la compétence de la *lex fori* serait légitime.

Si la seconde conception est retenue dans les pays anglo-saxons (1), la position du droit français en la matière est plus douteuse (2). Sans reprendre ici dans son entier la controverse, il semblerait plutôt, à première vue, que la prescription extinctive ait en droit français une nature « processuelle ». En effet, seule l'action paraît être éteinte du fait de la prescription (3), puisque le paiement d'une obligation prescrite n'est pas indu, alors même que les thèses avancées pour expliquer cette solution — survivance d'une obligation naturelle (4) ou théorie dualiste de l'obligation (5) — sont insuffisantes. De plus, c'est la conception processuelle de la prescription qui est retenue en matière de conflits de lois dans le temps, dans la mesure où la loi nouvelle est applicable aux prescriptions en cours (6). Mais si la prescription paraît ainsi avoir en droit français un caractère procédural, elle retrouve un caractère matériel dès qu'on la compare aux institutions de procédure. En effet l'« exception » de prescription n'est pas une exception au sens procédural du terme (7) ni une fin de non-recevoir (8), c'est une véritable *défense*

interne. Pour lui, en effet, la prescription a, en droit interne, un caractère processuel « prépondérant », mais elle est, sur le plan international, considérée comme une institution de fond — et c'est pour lui un exemple de la déformation des catégories internes par le droit international (*op. cit.*, n° 43).

(1) V. sur ce point, RABEL, t. III, p. 475 et s. Cette solution est d'ailleurs critiquée non seulement parce que la prescription n'a pas en droit anglo-saxon des effets différents de la prescription des pays continentaux mais aussi, en raison des inconvénients que présente un rattachement à la *lex fori*. C'est en effet un rattachement imprévisible et variable dans la mesure où il peut dépendre du domicile du débiteur (v. sur ce point notamment EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflicts of Laws*, 1962, p. 428 et s. et AILES « Limitations of Actions and the Conflict of Laws », 31 *Michigan Law Review* (1933), 474 et s.). Si le rattachement de la procédure à la *lex fori* est justifiée par la « fongibilité » des formes de procédure, ce ne peut être le cas en matière de prescription (v. GOLDSCHMITH, *Rev. crit.*, 1958.97).

(2) Comparer les termes des articles 1234 et 2262 du Code civil français.

(3) Sur les hésitations à admettre l'existence d'un droit sans action, v. RIPERT, *La règle morale dans le droit des obligations*, n° 188. — V. la distinction proposée par Y. LOUSSOUARN, (La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu, *Rev. tr. dr. cin.* 1949.212) entre l'extinction du « droit subjectif ordinaire » et la survivance du « droit subjectif substantiel » (*op. cit.* 228).

(4) V. principalement les critiques faites à cette conception par Jean Chevalier, note D.P. 1940.1.57 sous Req. 17 janvier 1938 et Michèle GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, Paris, 1957, p. 16 et s.

(5) Selon cette théorie, la prescription atteindrait seulement le rapport de responsabilité et non le rapport de dette, ce qui expliquerait la validité du paiement de l'obligation prescrite. V. F. KONDER COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, Paris, 1964, n° 165.

(6) V. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Dalloz et Sirey 1960, 2^e éd., p. 297 et s.

(7) V. dans ce sens MICHEL, *La prescription libératoire en droit international privé*, Paris, 1911, p. 144.

(8) V. cependant la nature mixte des fins de non-recevoir, dans SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, 1961, t. I, p. 293 et s.

au fond (1). C'est le moyen par lequel le défendeur entend établir que le droit allégué par le demandeur n'existe pas ou n'existe plus (2).

105. — Pour cette raison, il convient d'écarter la qualification procédurale de la prescription et retenir qu'il s'agit d'une institution de fond rattachée en conséquence à la loi du contrat (3). Ce principe, d'ailleurs admis dans la plupart des pays continentaux (4), doit également être retenu relativement aux *courtes prescriptions* qui sont fondées sur une présomption de paiement (5). En effet, bien que liées en droit interne aux procédures du serment et de l'aveu, elles sont dépendantes du droit qu'elles concernent. Au demeurant, il ne serait pas impossible d'y recourir en vertu de la *lex fori* même si une prescription de ce type résultait de la loi étrangère applicable au contrat.

106. — La loi du contrat semble donc devoir avoir un domaine d'application assez général en ce qui concerne les obligations créées par le contrat.

SECTION II

L'EXÉCUTION DU CONTRAT

107. — L'exécution du contrat étant la raison d'être de celui-ci, la logique conduirait à penser qu'elle ne peut être rattachée qu'à la loi applicable à ce contrat (6). Mais paradoxalement, c'est en cette matière que la compétence de la loi du contrat est la moins affirmée, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine.

(1) Dans ce sens notamment Michel VASSEUR, « Délai préfix, délai de prescription, délai de procédure », *Rev. trim. dr. civ.*, 1950.439 et s., p. 455.

(2) SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n° 304, p. 382.

(3) V. notamment en ce sens BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 615 ; LOUSSOUARN *Précis*, p. 645 et s. Adde, les auteurs cités par Giorgio LODIGIANI, article précité, p. 340 et s.

(4) V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 615, note 76.

(5) On peut se demander si la même solution doit être retenue pour les *délais préfix*. Ici les points de vue des processualistes et des internationalistes diffèrent. Pour les premiers, les délais préfix ne sont pas des délais de prescriptions mais des délais de procédure (Dans ce sens, SOLUS-PERROT, t. I, n° 428). Les seconds mettent au contraire en relief le lien de ces délais avec le fond du droit, et estiment avec raison qu'ils doivent être rattachés à la loi du contrat (v. BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., n° 724 ; LEREBOURS par LOUSSOUARN, 8^e éd., p. 596).

(6) V. DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé*, p. 372 « L'exécution constitue en un sens la raison d'être du contrat et il serait souverainement illogique d'admettre que la loi qui la gouverne puisse être différente de la loi de l'obligation ».

Tel est le cas de la jurisprudence française, et cela d'ailleurs, pour diverses raisons. Les tribunaux interviennent en effet, soit sur des problèmes mineurs de l'exécution (1), soit lorsque, précisément, il n'y a pas eu d'exécution. Or nous verrons que la compétence de la loi du contrat n'est pas toujours très nette en matière de responsabilité contractuelle (2). Ou alors la majorité des décisions rendues est relative à l'exécution d'obligations monétaires. Aussi, la tendance de la jurisprudence française à résoudre les problèmes monétaires en dehors de toute règle de conflit ne favorise guère la reconnaissance de la soumission de l'exécution à la loi du contrat (3).

Quant à la doctrine, elle a toujours eu quelques hésitations à admettre la compétence de la loi du contrat en la matière. Ou le principe était carrément écarté au profit de la *loi du lieu d'exécution*, ou la compétence de la loi du contrat était retenue, mais avec de notables exceptions, relatives principalement aux « actes d'exécution » et aux « modalités d'exécution », cette dernière exception ayant reçu une très large consécration dans la jurisprudence anglo-saxonne (4).

108. — Les principales raisons de ces hésitations — et du morcellement consécutif du contrat — semblent tenir à la difficulté de cerner la notion d'exécution du contrat, et également au caractère matériel de celle-ci.

La notion d'exécution du contrat recouvre, en effet, des *éléments complexes*. Exécuter le contrat, c'est exécuter les obligations créées par le contrat. Or pour les exécuter et entraîner leur extinction, il faut accomplir des actes d'exécution, c'est-à-dire accomplir un certain travail, payer un prix, livrer une marchandise, etc... Si l'objet de l'exécution est directement lié à la détermination et à l'étendue des obligations fixées par la loi du contrat, les actes qui permettent de l'atteindre présentent un caractère distinct. Mais la notion d'exécution englobe également les problèmes touchant au lieu d'exécution, au moment de l'exécution, ou aux personnes auxquelles incombent ou qui bénéficient de l'exécution du contrat.

(1) V. par exemple, sur le point de savoir si la dette est quérable ou portable, Seine, 23 février 1966, *Rev. crit.*, 1967.130, note Dayant. Et encore l'application de l'article 1247 du Code civil français à titre de loi applicable au contrat n'y est-elle pas tellement nette. V. encore plus douteux sur le même problème, Paris, 22 juin 1967, *Clunet*, 1968.102, où la Cour, sans rechercher la loi applicable au contrat, remarque que la dette est payable au domicile du débiteur aussi bien dans la loi française que dans la loi brésilienne.

(2) V. *infra*, nos 127 et s.

(3) V. *infra*, nos 338 et 339, les décisions du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation qui ont admis le rattachement de l'« exécution » ou de « l'exécution poursuivie en France à la loi française ».

(4) On a même pu parler, à cet égard, d'une *secondary proper law of the contract* (cf. l'ouvrage de BROGGINI, cité *infra*, note 4, p. 98).

Or les divers problèmes qui peuvent s'y greffer sont autant de sources de morcellement de la matière.

109. — Le caractère matériel, et non plus seulement conceptuel, de l'exécution conduit également à douter de la compétence exclusive de la loi du contrat, ceci pour deux raisons différentes. Pour une raison pratique, il peut être plus commode pour le débiteur d'accomplir les actes matériels d'exécution suivant les dispositions en vigueur au lieu d'exécution (1). Mais une autre raison, plus impérieuse, va s'opposer à ce que soient accomplis des actes contraires aux prescriptions impératives du lieu d'exécution. En effet, si l'on peut, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité du contrat, admettre la compétence unique de la loi contractuelle parce qu'on se réfère à l'idée abstraite de contrat, ce n'est plus possible lorsqu'il s'agit de l'exécution de celui-ci et de l'activité matérielle qu'elle comporte. S'il existe des prescriptions impératives au lieu d'exécution, le débiteur ne pourra les éviter, quelles que soient les dispositions de la loi du contrat.

110. — Précisément, ces considérations ont été, assez généralement, confondues. C'est pourquoi, il paraît préférable de déterminer dans un premier temps le domaine de la loi du contrat en fonction de la différenciation des éléments de l'exécution, quitte à éventuellement rechercher ensuite, si les solutions de principe doivent recevoir des exceptions, compte tenu de la nature des dispositions qui peuvent avoir une influence sur ces éléments (2).

Sans faire ici une étude systématique de toutes les matières qui pourraient être rattachées à la notion d'exécution (3) il conviendra de préciser deux points pour lesquels la compétence d'une loi autre que celle du contrat paraît possible, les *actes d'exécution* d'une part (§ 2), les *modalités d'exécution* d'autre part (§ 3). Mais il faudra auparavant évoquer les motifs principaux qui conduisent à exclure le rattachement de l'*exécution du contrat* dans son ensemble à la loi du lieu d'exécution (§ 1).

(1) A la limite d'ailleurs, si l'on retient que l'exécution du contrat consiste principalement à accomplir des actes matériels, on peut douter de la nécessité de les soumettre à une loi déterminée.

(2) Ce qui sera fait principalement dans la seconde partie de ce travail, compte tenu de l'incidence des lois de police sur l'opération contractuelle.

(3) V. sur ce point BATIFFOL, *Contrats*, n^{os} 514 et s. ; J.D. BREDIN, *J.-Cl. Droit International*, Fasc. 554 ; CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompei, 1962, p. 173 et s.

§ 1. — Le rattachement de l'exécution à la loi du lieu d'exécution

111. — Le rattachement de l'exécution du contrat à la loi du lieu d'exécution a été principalement préconisé par la doctrine ancienne, qui n'ayant pas une conception unitaire du contrat, recherchait la loi applicable à chaque élément. L'expression la plus caractéristique de cette conception se trouve chez Weiss, qui voyait dans l'exécution du contrat, « un fait juridique distinct du contrat... un fait indépendant, nouveau » (1). Sous une forme moins tranchée, on retrouve cette idée chez tous ceux qui distinguaient formation et effets du contrat pour soumettre ces derniers à la loi du lieu d'exécution (2). Cette doctrine n'a eu qu'un succès limité devant les tribunaux. En France, elle semble même n'avoir reçu aucun écho. A l'étranger, aux Etats-Unis (3) et en Angleterre (4), la compétence de la loi du lieu d'exécution a été retenue dans quelques décisions, mais a été généralement rejetée (5) et limitée aux modalités d'exécution (6).

112. — On conçoit aisément que le rattachement de l'exécution à la loi du lieu d'exécution ne puisse être érigé en principe. La solution manque d'abord d'une base logique. On peut difficilement admettre que l'exécution du contrat soit complètement distincte du contrat lui-même. L'existence du contrat est bien la cause de

(1) WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2^e éd., 1912, p. 387.

(2) BEALE, *A Treatise...*, t. II, 1935, p. 1259 et s. qui le fit admettre dans le Premier Restatement ; FIORE, *Diritto internazionale privato*, Turin, t. I, 1902, p. 171 et s. ; LORENZEN, *Selected Articles on the Conflict of laws*, Londres, 1947.317 et s. reproduisant un article paru en 1920 dans le *Yale Law Journal*, « Validity and Effects of Contract in the Conflict of Laws ». GOODRICH, « Nécessité d'innover : Statisme contre dynamisme en matière de conflits de lois », *Rev. crit.*, 1952. 435.

(3) *Scudder/Union National Bank*, 91.U.S. 406 (1875), Cour suprême des Etats-Unis, *Flittner/Equitable Life Assurance Society* 30 Col. App. 209 (1916). V. ZANNINI, « Competenza rispettiva della *lex contractus* e della *lex loci executionis* », *Giur. Comp. dir. int. priv.*, t. XII, 1956, p. 11.

(4) *New Brunswick Railway/The British and French Trust Corporation*, House of Lords 1939, *Clunet*, 1939.743, obs. Domke ; *Adelaide Electric Supply Co/Prudential Assurance Co* (1934), *Giur. Comp. dir. int. priv.*, t. IV, 251, note Cansacchi.

(5) *Mount Albert Borough Council/Australian Temperance* (1937) 54 T.L.R. 5 (1938) A.C. 224 P.C., *Clunet*, 1938.883, note Elkin ; *Giur. Comp. dir. int. priv.*, t. IX, 1943.120, note de Nova. V. du même auteur l'article aux *Mélanges Maury*, t. I, 397, cité *infra*, note 1, p. 261). V. également en U.R.S.S. pour le rejet de loi du lieu d'exécution, Commission arbitrale du Commerce extérieur, 4 mai 1957, *Clunet*, 1960.879 note Bougoulavski.

(6) V. *infra*, nos 117 et s.

son exécution, et, on ne peut nier l'évidence d'un lien étroit entre les deux. Tout au plus, peut-on reconnaître que certains actes d'exécution ont un caractère suffisamment distinct du contrat, pour être éventuellement soumis à une loi autre que celle du contrat, mais en ce qui concerne l'exécution en général, on voit mal comment elle pourrait être dissociée des autres effets du contrat (1). Comment, par exemple, l'étendue des obligations peut-elle être déterminée par la loi du contrat si l'exécution de ces mêmes obligations est soumise à une autre loi. A vrai dire, cela ne peut avoir de sens que si l'on se réfère à une conception limitée de la notion d'exécution, c'est-à-dire limitée aux seuls aspects matériels de l'exécution.

La compétence de principe de la loi du lieu d'exécution en matière d'exécution encourt également la critique si l'on remarque que cette solution n'est guère praticable lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un contrat synallagmatique. Il n'y a plus dans ce cas *une* loi du lieu d'exécution, mais *deux* lois, si évidemment on prend pour hypothèse que les contractants n'exécutent pas leurs prestations au même endroit. Cette multiplicité de lois existe également, lorsque toutes les obligations du débiteur ne sont pas exécutoires au même endroit. On voit mal comment on pourrait concilier les dispositions de ces différentes lois, pour arriver à un résultat cohérent. Si pour éluder le problème, on retient la compétence de la loi du lieu de l'exécution de l'obligation principale ou caractéristique du contrat, — ce qu'il n'est pas toujours aisé de discerner —, on retrouve pour les autres obligations, les mêmes difficultés qui étaient à l'origine du morcellement du contrat, à savoir la difficulté de concilier le caractère matériel de l'exécution avec les dispositions en vigueur au lieu d'exécution. Le rattachement de l'exécution à la loi du lieu d'exécution n'étant pas de nature à résoudre les difficultés qui viennent à la fois du caractère matériel et complexe de la notion d'exécution, on peut se demander s'il ne convient pas de distinguer les actes d'exécution de l'exécution elle-même, ces derniers étant rattachés à la loi du lieu de leur accomplissement.

§ 2. — Les actes d'exécution

113. — On trouve principalement la notion d'actes d'exécution dans la doctrine continentale (2), mais elle ne semble pas avoir reçu de consécration jurisprudentielle. La portée attribuée à cette notion

(1) Sur l'idée que la soumission du contrat à une loi unique a pour but de réaliser une certaine unité dans ses effets, v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 612.

(2) BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 612, BATIFFOL, *Contrats*, n° 551 et s.; ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale privato*, Roma, 1912-13, p. 770; FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato*, Padova, 1935, p. 713; HAUBEK, *op. cit.*, p. 69.

varie d'ailleurs selon les auteurs. Ou il est admis que le caractère distinct des actes d'exécution doit entraîner leur rattachement à la loi du lieu d'exécution (1), ou que, malgré ce caractère distinct, l'homogénéité du régime du contrat international commande l'application de la loi du contrat (2). Récemment, un auteur (3) a soutenu que la soumission des actes d'exécution à la loi du lieu d'exécution était fondée sur la territorialité des règles relatives à la police du contrat, ce qui est, à notre avis, expliquer la solution par ses effets et non par sa cause. Ce n'est, en effet, que si les actes d'exécution obéissent à un rattachement propre, que l'on peut justifier la prise en considération des lois de police en vigueur au lieu d'exécution du contrat. Or indépendamment du caractère impératif, interne ou international de la loi en vigueur au lieu d'exécution, la loi du lieu d'exécution peut présenter des titres de compétence. C'est pourquoi, il est nécessaire de rechercher d'abord, si les actes d'exécution peuvent légitimement obéir à un rattachement particulier, quitte à en tirer plus tard les conséquences, quant à la prise en considération des lois de police (4).

114. — C'est pourquoi le problème doit être posé différemment. Il s'agit dans un premier temps, de savoir si les actes d'exécution ont un caractère suffisamment distinct du contrat pour être éventuellement soustraits à la compétence de la loi du contrat, et dans un second temps, en cas de réponse positive, de rechercher quelle loi leur est alors applicable, ce qui devrait dépendre semble-t-il, de la nature juridique du paiement, pris dans son sens large de mode d'extinction des obligations.

115. — Il semble qu'il ne soit pas tout à fait artificiel de distinguer l'objet de l'exécution, c'est-à-dire les obligations nées du contrat, de l'acte qui doit entraîner l'extinction de ces obligations et par conséquent l'exécution du contrat. On peut parfaitement distinguer, par exemple, l'obligation de livrer la marchandise, de l'acte de livraison, l'obligation de payer le prix, du paiement lui-même. L'obligation est dépendante du contrat, mais son exécution exige une activité matérielle distincte. Cette activité paraît être suffisamment distincte de la situation de droit qui en est la cause, pour justifier un rattachement différent (5) de celui qui a permis de déterminer les obligations nées du contrat.

(1) ANZILOTTI, *op. cit.*, 770 (v. également la note de cet auteur sous Venise, 13 janvier 1905, *Riv. dir. int.*, 1906.87).

(2) BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 612.

(3) EL KOCHERI, *La notion de contrat international*, thèse dactyl., Rennes, 1962, n° 180.

(4) V. *infra*, n° 297.

(5) V., par exemple, la soumission des opérations de déchargement à la loi du lieu du port de destination par B.G.H., 14 avril 1953. N.J.W. 53, p. 1140, *Clunet* 1958.255. Cf. l'article 57 de la loi du 18 juin 1966 qui soumet les opérations de manutentions à la loi du port où opère l'entrepreneur.

116. — S'agissant, alors, de déterminer la loi applicable aux actes d'exécution, on serait tenté de considérer que, malgré leur caractère distinct, leur connexité (1) avec le contrat entraîne néanmoins la compétence de la *loi du contrat* (2), ce qui doit être admis, en effet, dans une large mesure. Mais, le but étant précisément de tenter d'éliminer les inconvénients qui tiennent au caractère matériel de l'exécution, il paraît préférable de rechercher une autre solution.

Pour y parvenir, on peut alors penser à se référer à la nature juridique du paiement en droit interne (3). Que les actes d'exécution s'analysent en de véritables actes juridiques ou comme des faits juridiques, on est conduit à admettre qu'ils se localisent au lieu de leur réalisation, et qu'ils sont, en conséquence, soumis à la *loi du lieu d'exécution*. A la limite d'ailleurs, si l'on estime que les actes d'exécution consistent en de simples actes matériels (4), la recherche d'une loi qui leur serait applicable, pourrait n'avoir aucun sens.

Il semble qu'on puisse donc légitimement détacher les actes d'exécution de l'exécution. Si l'on peut retenir qu'il existe néanmoins une présomption de leur soumission à la loi du contrat, la compétence de la loi du lieu d'exécution est également possible. Ceci paraît être également le cas des « modalités d'exécution », dont la notion recoupe celle d'acte d'exécution.

§ 3. — Les modalités d'exécution

117. — Si la doctrine dominante reconnaît actuellement que l'exécution dans son ensemble ne saurait être soustraite à la loi du

(1) Sur l'influence de la connexité de deux actes quant à leur rattachement V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 587. Adde, BATIFFOL, *Rev. crit.*, 1971.251, note sous Civ., 2 mars 1970.

(2) V. dans ce sens BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 612, qui admettent également la compétence de la loi personnelle de l'auteur de l'acte quant à la capacité de celui-ci, et la compétence de la loi locale quant à la forme de l'acte.

(3) On pourrait hésiter d'ailleurs à recourir à la notion de nature juridique du paiement. D'abord parce qu'en droit interne la doctrine est loin d'être unanime sur la nature des actes d'exécution. Pour les uns, par exemple, la livraison dans le transport de marchandises serait un *acte juridique* (RODIÈRE et HOUIN, *Droit Commercial et Fiscal des Affaires*, Précis Dalloz, 1959, t. II, n° 195) pour d'autres elle serait un acte matériel, ou plus exactement un *fait juridique* car elle comporte des conséquences de droit (V. N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, p. 97). De plus, on peut hésiter quant au système compétent pour déterminer la nature juridique du paiement : est-ce la *lex fori* ou la loi du contrat ? Il paraît plus logique que la qualification de l'acte dépende de la loi du contrat, mais comme en définitive, il s'agit de parvenir au rattachement de l'acte, c'est à la qualification de la *lex fori* qu'il faut avoir recours.

(4) Le mot matériel étant pris ici dans un sens plus strict que précédemment.

contrat, elle est quasi unanimement favorable à l'application de la loi du lieu d'exécution aux « modalités » ou « modes d'exécution du contrat » (1). Cette notion dégagée, semble-t-il, à l'origine (2) par la jurisprudence anglo-saxonne (3) est largement accueillie dans la jurisprudence de la plupart des pays (4) et même par la Cour permanente internationale de justice (5). En France, cependant, elle n'a qu'un succès limité. Sans doute, la Cour de cassation y a-t-elle fait allusion dans un arrêt du 24 janvier 1956 (6), mais les autres décisions qui ont fait appel à la compétence de la loi du lieu d'exécution relativement aux « incidents d'exécution » (7) ne semblent pas se rallier à cette doctrine, encore qu'on ait pu les interpréter dans ce sens.

118. — L'acceptation aussi générale dans les autres pays de la notion de « modalités d'exécution » invite à penser qu'elle est d'une valeur incontestable. Elle est pour le moins, d'une utilité certaine. La soumission des modalités d'exécution à la loi du lieu d'exécution permet, en effet, de concilier le caractère matériel de l'exécution

(1) V. notamment CHESHIRE, 7^e éd., p. 219 ; WOLFF, 2^e éd., p. 454 ; DICEY-MORRIS, 7^e éd., p. 738-747-800 ; MANN, « Proper law and Illegality in Private International Law », *B. Y.B.I.L.*, 1937.108 ; NUSSBAUM, *Grundzüge des internationalen Privatrechts*, Munich et Berlin, 1952, p. 164 ; SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, p. 649 ; ZANNINI, « Efficacia della *lex loci executionis* nel regolamento delle obbligazioni contrattuali », *Annali di diritto internazionale*, 1949, p. 87 et s. ; BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, p. 226. Adde, les auteurs italiens cités par CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 12, note 10. En France, v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 612.

(2) La compétence de la loi du lieu d'exécution en matière de modalités d'exécution a été retenue par l'Institut de Droit international, lors de sa session de Florence en 1908. L'article 5 du projet sur les conflits de lois en matière d'obligations comprenait dans cette notion, la manière de compter, de mesurer, de peser, la mise en demeure, les jours fériés, la validité du paiement, la validité des offres et consignations (V. *Annuaire de Droit international*, vol. XXII, p. 291 et s.).

(3) V. notamment *Lloyd/Guibert* (1865) L.R. I.Q.B. 115-126 ; *Jacobs/Crédit lyonnais* (1884) 12 Q.B.D. 589.604 ; *Auckland City Council/Alliance Insurance Co* (1937) A.C. (P.C.) 587.603.

(4) V. la jurisprudence citée par BROGGINI, *Le modalità d'esecuzione dei contratti nel diritto internazionale privato*, Freiburg in der Schweiz, 1951. — En Italie, où la solution était retenue, il semble qu'elle ne soit plus possible depuis l'abrogation de l'article 58 du Code de commerce qui renvoyait à la loi du lieu d'exécution d'une manière générale, si l'on admet que l'article 25 des dispositions préliminaires du Code civil ne permet plus de soustraire les modalités d'exécution à la loi de contrat (v. dans ce sens, CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 76 et s. La solution est générale également aux Etats-Unis, où elle a été retenue par l'article 346-b du Second Restatement.

(5) C.P.I.J., 12 juillet 1929, *Emprunts serbe et brésilien*, D.P., 1930.2.45, *Rev. crit.*, 1929.452, note Niboyet, *Clunet*, 1929.977.

(6) Cass., 24 janvier 1956, *Schumann*, J.C.P., 1956.II.9400, note J.-Ph. Lévy ; *Clunet*, 1956.1012, note B. Goldman ; D., 1956.317, note Lenoan.

(7) V. *infra*, n°s 152 et 153, les décisions relatives aux formalités que le destinataire doit accomplir dans le transport de marchandises.

avec les dispositions en vigueur au lieu d'exécution, ce qui était le principal obstacle à la reconnaissance d'une compétence générale de la loi du contrat en matière d'exécution. Cependant, telle qu'elle est conçue dans la doctrine ou consacrée par la jurisprudence étrangère, la notion de modalités d'exécution n'est pas à l'abri de toutes critiques. En effet, la délimitation de son domaine repose sur un critère manifestement inexact et insuffisant (A) qui conduit non seulement à des contradictions, mais enlève toute certitude des solutions. De plus, la diversité des fondements (B) qui justifieraient l'existence d'une telle catégorie, s'oppose à la notion qu'évoque la terminologie employée, ce que nous verrons successivement.

A. — INEXACTITUDE ET INSUFFISANCE DU CRITÈRE.

119. — La doctrine définit la notion de modalités d'exécution de manière négative. Seraient des modalités d'exécution, tout ce qui a trait à l'exécution et *ne touche pas la substance du contrat*, c'est-à-dire, qui *n'altère pas le quantum de la dette*. Or, ce critère ne permet nullement de délimiter de façon précise le domaine de la loi du contrat, et, celui de la loi du lieu d'exécution. La preuve en est, du caractère extrêmement large du domaine reconnu par la doctrine, et même par la jurisprudence étrangère, à la notion de modalités d'exécution, et du manque d'accord des auteurs quant au domaine précis des modalités d'exécution.

Sans nous attacher ici à ces divergences doctrinales, il suffira pour souligner le caractère hypertrophique de cette notion, d'évoquer les principales questions généralement rattachées à la notion de modalités d'exécution. Ce sont les dispositions relatives au moment de l'exécution, tels les jours fériés, la possibilité pour le débiteur d'obtenir un délai de grâce, les moratoires qui suspendent provisoirement l'exécution, les dispositions relatives aux modalités de remise ou de livraison de la chose due, celles qui permettent au débiteur de se libérer par des offres réelles suivies de consignation, les dispositions qui déterminent la monnaie de paiement (1), les dispositions, enfin, qui sont relatives à la constatation de l'inexécution du contrat, mise en demeure, dénonciation des vices, etc... Bien que plus rarement, sont encore considérés comme des modalités d'exécution, la

(1) De nombreuses décisions ont admis en Grande-Bretagne que la détermination de la monnaie de paiement était un *mode of performance*, dépendant de la *lex loci solutionis*. V. notamment, *Auckland Corporation/Alliance Assurance Co* (1937) A.G. 587; *Adelaide Electric Supply/Presidential Assurance Co* (1934) A.G. 122, 148, 161; *Mount Albert borough Council/Australasian Temperance...* (1938) A.C. 224, 240 (v. CHESHIRE, 6^e éd., p. 266 et s.). V. dans ce sens également, MANN, *Legal Aspect of Money*, p. 289.

licité même du contrat (1), le caractère libératoire de l'exécution ou le degré de diligence du débiteur.

La lecture de cette longue énumération suffit à montrer l'inexactitude de la définition donnée des modalités d'exécution. Il n'est pas contestable, en effet, qu'un certain nombre d'entre elles touche la substance même de la dette (2).

120. — De plus, on peut remarquer qu'il est parfois procédé à des assimilations excessives, notamment en ce qui concerne les « modalités » relatives au moment de l'exécution. Il ne semble pas que l'on puisse qualifier de la même manière les jours fériés, les délais de grâce et les moratoires. S'il est possible, à la rigueur, d'admettre cette qualification pour les jours fériés, encore qu'il s'agisse d'une disposition extérieure au contrat, il n'en est pas de même quant aux délais de grâce et aux moratoires.

Les *délais de grâce* n'ont, sans doute, aucun effet sur l'exigibilité de l'obligation, et à cet égard, il serait presque exact de dire qu'ils n'atteignent pas la substance de la dette. Mais leur octroi, qui a pour seul effet de différer les poursuites, est lié aux pouvoirs du juge ; à ce titre, les délais de grâce doivent être assimilés à une mesure de procédure (3) et soumis à la *lex fori*. Ils ne doivent donc être nullement rattachés à la loi du lieu d'exécution. Cette conception a été retenue dans un jugement du Tribunal de grande instance de la Seine du 6 février 1961 (4). Il s'agissait de la demande d'exequatur d'un jugement rendu à Casablanca, qui condamnait le défendeur au paiement de diverses sommes d'argent. Le jugement accorda les délais demandés par le défendeur, par application de l'article 1244 du Code civil français, « expression — selon les juges — dans la loi civile d'une disposition de droit naturel toujours applicable devant les juridictions françaises » (5), et estima qu'il n'y avait pas lieu, en l'occurrence, de rechercher la loi applicable au fond du litige. Si la motivation est quelque peu excessive, la solution paraît exacte. Les délais de grâce ne sont pas des règles de fond relatives au paiement, auquel cas le juge de l'exequatur n'aurait pu les accorder sans reviser au fond la décision (6).

(1) V. *supra*, n° 51.

(2) V. les critiques de CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 56 et s. ; BROGGINI, *Le modalità d'esecuzione...*, p. 93 et s.

(3) La doctrine française adopte en général cette vue (cf. J. D. BREDIN, *J.-Cl. international*, Fasc. 554). V. sur ce point, la note P. Lagarde, *Rev. crit.*, 1963.584 sous Seine, 6 février 1961.

(4) Seine, 6 février 1961, *Rev. crit.*, 1963.584, note P. Lagarde.

(5) *Rev. crit.*, 1963.585.

(6) La même qualification devrait, selon M. LAGARDE (*Rev. crit.*, 1963.586) conduire le juge de l'exequatur à refuser l'exequatur d'une décision étrangère qui accorderait un délai de grâce par application d'une loi étrangère. Mais il ne semble pas qu'il soit impossible de reconnaître en France, l'effet d'une loi de procédure étrangère.

Au contraire, cette conception ne peut être retenue en ce qui concerne les *moratoires*, bien qu'on ait pu soutenir que la seule différence entre ces deux mesures — délais de grâce et moratoires — résidait dans la longueur du délai accordé (1) ! Les motifs qui conduisent le législateur à édicter un moratoire lui confèrent le caractère d'une loi de police (2). Si la loi du lieu d'exécution semble devoir être compétente, ce ne peut être en tant que loi applicable aux modalités d'exécution (3).

121. — L'insuffisance du critère retenu apparaît encore dans les solutions contradictoires admises à propos de questions voisines, alors que seul l'objet de l'exécution est différent. Ainsi, le caractère de « modalités d'exécution » est reconnu aux opérations de mesurage nécessaires à l'individualisation de la chose dans la vente à mesurer ou au poids, bien qu'il s'agisse de déterminer la substance du contrat, alors que la détermination de la monnaie de compte, laquelle pose un problème équivalent, est considérée comme relevant de la substance du contrat (4).

Ces contradictions ne sont pas isolées (5) et l'on voit immédiatement les inconvénients qui peuvent en résulter, à savoir l'*imprévisibilité* des solutions. Selon que la qualification de modalités d'exécution est ou non retenue, il s'en suivra une différence de rattachements et donc de solutions. En particulier, selon que le débiteur se sera ou non conformé à la loi locale, il sera libéré ou en faute.

Ces diverses considérations montrent à quel point le critère généralement admis et, au demeurant inexact, selon lequel les modalités d'exécution n'altéreraient pas la substance du contrat — ne permet pas d'éviter le caractère pléthorique de cette catégorie et l'importance des matières, qui sont en conséquence soustraites à la loi du contrat. Elles invitent à réduire leur domaine ; la considération du caractère hétéroclite des fondements proposés au rattachement des modalités à la loi du lieu d'exécution conduit à la même conclusion.

(1) CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 62 et s. L'auteur assimile, il est vrai, les deux mesures pour montrer combien il serait contradictoire, de reconnaître que l'une est une modalité d'exécution, l'autre non.

(2) Sur cette notion, v. la seconde partie de travail, *infra*, n°s 175 et s.

(3) Il faut remarquer cependant, qu'en général, la loi du contrat est reconnue compétente en cette matière, à moins que « la territorialité » des lois de moratoires étrangères ne soit invoquée pour les écarter (v. la critique de cette notion, *infra*, n°s 195 et s.). — V. notamment en faveur de la loi du contrat, Paris, 25 juin 1931, *Clunet*, 1932.923 ; en Grande-Bretagne, *Melliss/National Bank of Greece and Athens S.A.*, Chambre des Lords, 25 novembre 1957 (1958) A.C. 509, *Clunet*, 1961.1163.

(4) C'est en effet un problème d'interprétation du contrat. Cf. dans le même sens, CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 58 et s.

(5) V. d'une manière générale, CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 39 et s.

B. — DIVERSITÉ DES FONDEMENTS.

122. — La notion de modalités d'exécution étant inconnue du droit interne (1), on peut se demander à quel titre est opéré le rattachement de celles-ci, sur le plan international, à la loi du lieu d'exécution.

La majorité de la doctrine justifie, en général, la solution par le fait que, les éléments ou les aspects de l'exécution compris dans cette notion, ne touchent pas la substance du contrat (2). De plus, la compétence de la loi du contrat ne serait pas essentielle, dans la mesure où l'application de la loi du lieu d'exécution ne préjudicierait pas au créancier. A cet égard, le critère de délimitation sert de *fondement* à la solution. Ce fondement ne saurait être retenu, que lorsque le critère de délimitation s'avère exact, ce qui n'est pas toujours le cas pour les exemples évoqués plus haut.

123. — Certains auteurs fondent la compétence de la loi du lieu d'exécution sur le fait que les modalités d'exécution peuvent être rattachées à la *notion de forme* de l'exécution (3). Il ne s'agirait donc que d'une application de la règle *locus regit actum*. Cette conception est certainement exacte pour quelques matières considérées comme des modalités d'exécution pour lesquelles, il est également concevable que le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* ne joue pas. Mais elle ne permet pas de justifier dans tous les cas, la compétence de la loi du lieu d'exécution. Comment, par exemple, considérer comme une question de forme, la détermination des jours où l'exécution peut se faire ou encore, la détermination de la monnaie de règlement !

De plus, même lorsqu'une « modalité » semble pouvoir être rattachée à la notion de forme, la compétence de la loi locale peut être ex-

(1) Certains auteurs ont critiqué la solution fondée sur la notion de modalités d'exécution pour cette raison (CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 55 et s. et BROGGINI *Le modalità...*, p. 94 et 121). Mais cette considération ne suffit pas à rejeter l'existence d'une telle catégorie sur le plan international. On sait, en effet, que les exigences de la vie internationale et du droit international privé conduisent parfois à une déformation des catégories du droit interne. Or, ici, sans pour autant être d'accord avec la majorité de la doctrine sur l'étendue démesurée donnée à cette catégorie, on conçoit fort bien que les nécessités pratiques de l'exécution des contrats internationaux permettent de reconnaître l'existence d'une telle catégorie, même si elle n'existe pas en droit interne.

(2) V. *supra*, n° 119.

(3) Bosco, *Corso di diritto internazionale privato*, p. 401 ; LENCZOWSKI, *Contribution à l'étude des obligations contractuelles*, p. 144 ; BATIFFOL-LAGARDE, *Traité* n° 612 (mais les auteurs admettent également que le renvoi tacite à la loi locale peut justifier la solution). — Contre ce fondement, v. MONACO, *Efficacia della legge nella spacio*, p. 250, note 3. Plus réservé, v. CONFORTI, *L'esecuzione...* p. 56, note 38.

pliquée autrement. Ne pourrait-on pas admettre que les modalités de remise ou de livraison de la chose sont liées au régime de la possession et, en conséquence, rattachées à la *lex rei sitae*? Également, les formalités que doit accomplir le destinataire dans le contrat de transport pour dénoncer les vices de la marchandise, ne peuvent être uniquement considérées comme une question de forme, dans la mesure où elles sont liées à l'observation de délais (1).

C'est pourquoi une qualification « formelle » des modalités ne peut constituer un fondement général de la solution.

124. — On a également tenté de justifier l'application de la loi du lieu d'exécution aux modalités d'exécution par la *notion de loi de police* (2). Notamment l'examen de la marchandise, les formalités à accomplir par le destinataire, les poids, les mesures, les jours fériés relèveraient de la police du contrat.

Cette conception paraît inexacte et même contradictoire avec l'idée de détail mineur de l'exécution qu'évoque la notion de modalités. En effet, si les lois de police du lieu d'exécution interviennent lors de l'exécution du contrat, ce n'est pas parce qu'elles concernent des modalités d'exécution, mais pour d'autres motifs, qui seront évoqués plus loin (3). L'équivoque vient précisément du fait que beaucoup de matières considérées comme des modalités, relèvent de la police du contrat (4). C'est pourquoi le domaine reconnu à la notion de modalités apparaît comme pléthorique.

125. — Les fondements très divers de la soumission des modalités d'exécution à la loi du lieu d'exécution indiquent le manque d'unité de cette notion, et l'impossibilité de lui attribuer un domaine précis. Or si la compétence de la loi du lieu d'exécution paraît inévitable pour certains exemples de « modalités », ce n'est pas parce qu'il s'agit de modalités mais pour d'autres raisons.

C'est pourquoi, il est nécessaire de reconnaître un domaine plus limité à cette notion, ce qui ne peut être fait que si un seul fondement de la compétence de la loi du lieu d'exécution est retenu. Or, la principale raison de reconnaître un tel rattachement pour des détails mineurs de l'exécution tient à des *raisons pratiques* et aux *exigences du commerce international* (5) dans la mesure où il est plus pratique,

(1) V. *infra*, n° 151 et s.

(2) EL KOCHERI, *La notion de contrat international*, thèse Rennes, 1962, n° 178.

(3) V. la seconde partie de ce travail, *infra*, n° 175 et s.

(4) V. par exemple, pour une critique du caractère de modalité de paiement reconnue à la monnaie de paiement dans la jurisprudence anglo-saxonne et par la Cour permanente de justice internationale, NOLDE, « Les conséquences internationales de la loi monétaire du 1^{er} octobre 1936 », *Rev. crit.*, 1937.26 et s., spéc. p. 53.

(5) V. dans ce sens également, BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, p. 56 et s.

du fait du caractère matériel de l'exécution, de se conformer aux dispositions en vigueur au lieu d'exécution. On peut d'ailleurs, sans contradiction avec ce fondement, estimer que ce rattachement s'effectue par l'effet d'un *renvoi* de la loi du contrat aux usages locaux (1), ce que la plupart des législations internes admettent (2) ou même encore, par l'effet d'une référence tacite des parties à la loi locale sur ce point (3).

126. — Ainsi, la notion de modalités d'exécution, telle qu'elle est conçue par une partie de la doctrine ou par la jurisprudence étrangère, ne doit-elle pas permettre de justifier dans tous les cas la compétence de la loi du lieu d'exécution. Réduite à des dimensions plus raisonnables, elle a néanmoins une certaine utilité, et ne devrait pas entamer trop largement la compétence de la loi du contrat en matière d'exécution du contrat. La confirmation de la compétence de celle-ci en la matière pourrait d'ailleurs être trouvée dans le rattachement des conséquences de l'inexécution à la loi du contrat.

SECTION III

LES CONSÉQUENCES DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

127. — Il paraît normal, à première vue, que les conséquences de l'inexécution du contrat, principalement les pouvoirs conférés au créancier dans ce cas, relèvent de la loi du contrat. Cela résulte, tout d'abord, de la compétence de cette loi pour déterminer le contenu des obligations à exécuter (4) ; seule la loi qui décide ce qui doit être exécuté peut être à même de décider qu'il n'y a pas eu exécution. Cela découle ensuite de la soumission de la force obligatoire du contrat à cette même loi (5) ; or ce principe n'a de sens que s'il est assorti de sanctions, et celles-ci ne sauraient logiquement relever que de la loi du contrat (6). C'est pourquoi le créancier jouira

(1) V. dans ce sens CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 201 et s.

(2) Bien que ces dispositions internes n'aient pas une portée internationale, on peut admettre leur transposition sur le plan international. De plus, même si on doute, avec raison, de la légitimité du *renvoi* en matière contractuelle, les motifs de ces doutes n'existent pas en l'occurrence.

(3) V. dans ce sens, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 612.

(4) V. *supra*, nos 88 et s.

(5) V. *supra*, n° 86.

(6) Rappelons que cette logique était méconnue par un certain nombre d'auteurs anciens, dont FOELIX (*Traité*, 1866, t. I, 4^e éd., p. 248 et s.), qui à la

en principe des options que lui offre la loi applicable au contrat : exception d'inexécution, résolution du contrat, attribution de dommages-intérêts...

128. — Le principe ne semble pas toujours être très fermement établi dans la jurisprudence française, en raison d'une tendance manifeste à faire application de la loi française, en cas d'inexécution d'un contrat international (1). Or, si la compétence de la *lex fori* est concevable lorsqu'il s'agit de l'exécution forcée du contrat (2), il n'en est pas de même quant aux autres conséquences de l'inexécution du contrat (3).

Certes, la compétence de la loi du contrat a été admise à diverses reprises en matière de *résolution* (4), mais en matière de *responsabilité contractuelle*, à laquelle nous nous attacherons particulièrement, les solutions sont moins nettes. C'est en effet surtout en ce domaine, que le juge se réfère le plus volontiers aux principes du for et ne se soucie guère de déterminer la loi applicable au contrat ou

suite de Bartole, avait distingué les *suites* et les *effets* du contrat. Selon lui, les premières devaient relever de la loi du lieu d'exécution, tandis que les seconds étaient rattachés à la loi du contrat. Dans la conception de Foelix, les conséquences de l'inexécution du contrat et notamment la responsabilité contractuelle, étaient considérées comme des « suites » du contrat, échappant ainsi au domaine de la loi du contrat. L'illogisme de cette thèse est encore plus flagrant si l'on constate que cette distinction ne repose nullement sur les données du droit interne, qui doivent guider le juge sur le plan international.

(1) V., à part les décisions citées *infra*, l'application de la loi française en matière d'*exceptio non adimpleti contractus* sans que la loi applicable au contrat soit déterminée, Paris, 22 juin 1967, *Clunet*, 1968.102, note Dayant.

(2) Dans ce sens, LOUSSOUARN, *Précis*, 9^e éd., p. 644. En faveur de la loi du contrat avec, cependant, une prise en considération de la loi du lieu d'exécution, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 607. Si l'on prend l'exemple d'un contrat soumis au droit anglais, lequel admet l'exécution forcée des obligations de faire (*specific performance*) et des obligations de ne pas faire (*injunction*) contrairement à l'article 1142 du Code civil français, il paraît peu probable, en effet, que le juge français puisse imposer en France l'exécution de telles obligations. Sur l'opposition plus apparente que réelle du droit français et du droit anglais, cf. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, n° 145. Sur la compétence encore plus évidente de la *lex fori*, en matière d'astreintes, v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 607.

(3) V. pour l'application de la loi du contrat en matière d'exception d'inexécution, NIBOYET, t. V, n° 1421 ; BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 608 ; BATIFFOL, *Contrats*, nos 509 et 510. L'auteur réserve le rôle de la *lex rei sitae* lorsque l'exception se présente sous la forme d'un droit de rétention (V. l'application cumulative des deux lois par Douai, 11 décembre 1891, *Clunet*, 1892.928). D'une manière générale, en faveur de la loi du contrat pour les prérogatives du créancier en cas d'inexécution, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, nos 607 et 608.

(4) Civ., 6 juillet 1959, *Fourrures Renel*, *Rev. crit.*, 1959.708, note H. Batiffol ; Com., 18 novembre 1959, *Rev. crit.*, 1960.83 (v. déjà implicitement Req., 7 janvier 1929, S., 1929.1.186 ; Civ., 12 mai 1930, S., 1931.1.129, note Niboyet) ; Seine, 1^{re} Ch., 23 février 1966, *Rev. crit.*, 1967.130, note Dayant ; Amiens, 9 avril 1968, *Rev. crit.*, 1970.448, note H. Batiffol. — V. au contraire, pour l'application de la loi française en matière de *résiliation*, sans que la loi du contrat soit déterminée, Paris, 22 juin 1967, *Clunet*, 1968.102, note Dayant.

d'en rechercher la teneur (1). A vrai dire, cette tendance est assez naturelle (2), et si l'on en juge par la complexité du droit de la responsabilité en France, on conçoit que pour des raisons pratiques, le juge préfère se référer aux principes qu'il connaît, plutôt que de se perdre dans les subtilités d'un droit étranger dont il ne peut avoir connaissance qu'avec difficultés. Sans doute, malgré quelques différences entre les divers systèmes juridiques sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, les résultats sont-ils généralement équivalents, quant aux effets de cette responsabilité, notamment l'attribution de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat, encore que l'étendue du droit à réparation puisse varier d'un système à l'autre. Cependant il serait nécessaire, en vue d'assurer l'unité de l'opération contractuelle, de faire dépendre le plus largement possible du domaine de la loi du contrat, aussi bien les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle (§ 2) que ses effets (§ 3). En revanche, la prise en considération des conceptions du for s'avère légitime lorsqu'il s'agit de déterminer la nature — contractuelle ou délictuelle — de la responsabilité (§ 1), ce qui importe dans la mesure où elles ne sont pas soumises au même rattachement. Bien que cette question ait reçu peu d'échos sur le terrain contentieux, elle sera étudiée avant les autres.

§ 1. — La détermination de la nature de la responsabilité

129. — De la qualification de la responsabilité dépend son rattachement sur le plan international : contractuelle, elle devra être soumise à la loi du contrat (3), délictuelle, elle sera régie par la loi applicable au délit (4). La diversité de rattachements serait sans inconvénients, si la délimitation du domaine de ces deux types de responsabilité était clairement tracée et solidement fondée en droit interne, et si les mêmes frontières se retrouvaient dans les droits

(1) V. notamment, Req., 3 mai 1946, S., 1951.1.33, note Plaisant ; Trib. Com. Marseille, 6 décembre 1955, D.M.F., 1956.618 ; Cass. 4 décembre 1957, D.M.F., 1958.148 ; Paris, 26 octobre 1951, 16 mai 1952, 20 octobre 1952, *Rev. crit.*, 1956.376, note Loussouarn ; Cass., 5 février 1957, D., 1957.232, *Rev. trim. dr. civ.*, 1957.538, note Mazeaud ; Paris, 22 juin 1967, *Clunet*, 1968.102, note Dayant.

(2) On retrouve cette tendance formellement exprimée dans des décisions étrangères qui appliquent la *lex fori*, en raison d'une similitude présumée avec la *lex contractus*. — V. par exemple, Cour suprême de Norvège, 8 janvier 1955, *Clunet*, 1960.525, note Hambro.

(3) V. *infra*, nos 138 et s.

(4) V. notamment Civ., 30 mai 1967, *Rev. crit.*, 1967.728, note P. Bourel.

étrangers susceptibles d'être appliqués (1). Or dans un certain nombre de cas, des solutions inverses sont données. Ainsi, en droit français, la responsabilité du transporteur de personnes (2), au cas de dommage survenu à la personne transportée est de nature contractuelle, depuis que la jurisprudence a « découvert » dans le contrat une obligation déterminée de sécurité à la charge du transporteur (3) alors qu'elle a conservé son caractère délictuel dans d'autres systèmes, comme aux Etats-Unis (4) par exemple. Au contraire, la responsabilité du transporteur bénévole est délictuelle en France (5), contractuelle ailleurs. Dans un tout autre domaine, on tient pour délictuelle en France la responsabilité du fiancé récalcitrant (6), alors que sa nature contractuelle est reconnue en Allemagne ou en Angleterre (7). *A priori*, on est tenté de dire que, s'il existe deux règles de rattachement différentes de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, la distribution entre les deux se fera par une *qualification lege fori* (8).

(1) Cette remarque peut à première vue laisser sceptique, car elle ne fait qu'illustrer le problème général du conflit de qualifications. Mais la suite des développements montrera qu'en la matière, on peut éviter les résultats choquants que suscite ce type de conflit.

(2) Ce qui suit est exact pour toute forme de transport interne, sauf depuis la loi du 18 juin 1966, dans laquelle l'obligation de sécurité incombant au transporteur maritime n'est plus qu'une obligation de prudence et de diligence sauf dans certains cas exceptés, énumérés dans l'article 38.

(3) Cass., 21 novembre 1911, D., 1913.1.249, note Sarrut ; S., 1912.1.73, note Lyon-Caen.

(4) Sauf toutefois lorsque les parties ont inclu dans leur contrat des stipulations relatives à la responsabilité du transporteur.

(5) On peut se demander si le revirement récent de la jurisprudence de la Cour de cassation (Ch. mixte, 20 décembre 1968, D., 1969.37) n'est pas une étape vers l'adoption d'une qualification contractuelle. Dans la mesure où le transporté bénévole peut maintenant invoquer l'article 1384, alinéa 1 du Code civil, on ne voit guère pourquoi on maintiendrait une qualification différente selon que le transport est gratuit ou onéreux alors que l'objet du contrat est le même. Cette conception a d'ailleurs été retenue par une décision du Tribunal de grande instance de Dinan du 24 septembre 1968 (*Clunet*, 1970.95, note critique Dayant, D., 1969.404, note Prévault) qui écarte la compétence de la loi espagnole du lieu de l'accident au profit de la loi française, — loi du lieu de conclusion du « contrat de transport » passé entre l'automobiliste et la victime qui faisaient un voyage d'agrément à frais communs. La loi du lieu du délit a cependant été appliquée dans des décisions postérieures, Paris, 7 février 1970, *Gaz. Pal.*, 27 octobre 1970 ; Avesnes-sur-Helpe, 3 juin 1970, *Rev. crit.*, 1970.698, note Batiffol.

(6) V. *infra*, p. 177, note 2.

(7) La qualification de la responsabilité née de la rupture du contrat de travail prête également à controverse. En raison des liens de celle-ci avec la notion de loi de police, la question sera évoquée dans la II^e Partie, *infra*, n^{os} 307 et s.

(8) Dans ce sens, notamment BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, p. 146 et s.

130. — C'est dans l'ensemble la position de la jurisprudence, encore que le problème soit rarement posé aussi nettement (1), les tribunaux usant en général de la conception française de la responsabilité contractuelle, non seulement comme point de départ de la détermination de la loi compétente, c'est-à-dire pour qualifier la situation, mais également pour en régler les modalités.

On peut d'ailleurs remarquer que le principe de la qualification *lege fori* joue non seulement pour désigner la *compétence législative* mais également pour fixer la *compétence judiciaire*; on en a un exemple dans un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 1965 (2), bien que le procédé soit moins net que devant la Cour d'appel (3) où il est fait manifestement allusion aux textes du Code civil français. Il s'agissait en l'espèce de savoir si l'action en dommages-intérêts intentée par l'un des contractants pouvait être portée devant la juridiction française en vertu de l'article 14 du Code civil, alors que le contrat contenait une clause compromissoire, qui vaut en principe renonciation à l'article 14. De la qualification de l'action dépendait la compétence du tribunal français ou de la juridiction arbitrale. L'une des parties soutenait que le préjudice était d'origine délictuelle et ne dépendait, en aucun de ses éléments, du contrat. La Cour, au contraire, estima que l'action était fondée sur l'exécution du contrat et que la clause compromissoire devait jouer. On peut penser qu'en l'occurrence, il eût été plus naturel de se référer à la loi du contrat, loi de l'Etat de New York, pour savoir si on se trouvait bien dans le domaine d'application de la clause compromissoire stipulée au contrat, mais il faut bien reconnaître qu'en l'espèce la qualification de l'action faisait intervenir de nombreux éléments de fait, qui rendaient difficile l'appréciation de la situation à l'égard d'un système juridique étranger.

131. — Pour en revenir au principe de la qualification *lege fori* lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence législative, on peut citer cependant, une notable exception dans un arrêt rendu par la Cour de Paris dans l'une des affaires *Patino*, le 1^{er} juillet 1959 (4). En l'espèce, le sieur Patino demandait des dommages-intérêts à sa femme, laquelle n'avait pas respecté la convention intervenue entre eux de suspendre toute procédure lors de son passage à New York; or celle-ci, l'avait au contraire fait arrêter pendant son séjour dans cette ville. Alors que la dame Patino soutenait que l'action était

(1) V. notamment Chambéry, 14 décembre 1965, *Rev. crit.*, 1967.110, note Bourel (transport terrestre) encore que la solution ne soit qu'implicite. Pour une solution plus nette v. Trib. civ. Mulhouse, 2 mai 1950, *Rev. crit.*, 1950.153, note Niboyet. A l'étranger, v. notamment Cour suprême de Norvège, 5 mars 1957, *Clunet*, 1960.523, note Hambro (transport terrestre).

(2) Com., 21 juin 1965, *Rev. crit.*, 1966.477, note Mezger.

(3) Paris, 4 mai 1962, *Rev. crit.*, 1966.477, note Mezger.

(4) Paris, 1^{er} juillet 1959, *Rev. crit.*, 1960.192, note Bourel.

prescrite, la Cour de Paris admit la recevabilité de l'action par application de la loi de New York, loi du lieu où s'était produit le fait générateur de la responsabilité et où avait été subi le dommage (1).

La Cour fait ainsi appel à la règle de conflit relative aux délits, alors que manifestement, il s'agissait d'une question de responsabilité contractuelle (2). On peut s'étonner de l'effacement de la qualification française en l'espèce. En réalité, il semble que la solution puisse être expliquée par le désir d'esquiver les difficultés que pouvaient entraîner la détermination de la loi applicable au contrat passé entre Patino et sa femme, — qui avait été conclu par correspondance —, et l'appréciation de la validité de celui-ci, — dans la mesure où il portait à la fois sur l'état des personnes et sur l'usage des voies de droit —. Cependant la complexité de la situation ne légitimait pas à notre avis, la méconnaissance du principe de la qualification *lege fori*.

En revanche, dans les exemples évoqués plus haut (3), le principe de la qualification *lege fori* peut prêter à certaines critiques ou hésitations, lorsqu'on estime que la qualification du droit interne n'est pas fondée (A) ou lorsque la disparité des qualifications de la loi du for et de la loi désignée, conduit à une impasse (B). Mais nous verrons que ces objections n'ont pas un caractère insurmontable.

A. — OBJECTIONS TENANT AUX QUALIFICATIONS DU DROIT INTERNE.

132. — On peut hésiter à utiliser la qualification du droit interne si celle-ci ne paraît pas fondée. Nous retiendrons l'exemple du *contrat de transport de personnes* où les critiques sont les plus vives (4). On a principalement reproché à la qualification contrac-

(1) V. déjà pour l'application de la loi du lieu du préjudice subi, mais au titre de loi régissant la convention conclue entre les époux Patino, dans une autre espèce, au motif qu'il s'agissait d'une transaction ayant pour objet de fixer le montant et les modalités de l'indemnité, Paris, 7 juillet 1954, *Rev. crit.*, 1954.552, note Francescakis.

(2) Dans ce sens également, BOUREL, *Rev. crit.*, 1960.198 et 199.

(3) V. *supra*, n° 129.

(4) V. en matière de *rupture de fiançailles* les critiques faites par M. BOUREL, *thèse préc.*, p. 121, à la qualification délictuelle retenue par la jurisprudence française (Cass., 16 mars 1955, D., 1955.324). Au contraire, l'Allemagne et l'Angleterre admettent qu'il s'agit d'une responsabilité contractuelle et font application de la loi du contrat. Cour Féd. Rép. féd. d'Allemagne, 21 novembre 1958, *Rev. crit.*, 1958.680, note Mezger. En Grande-Bretagne, v. *Cohen/Sellar*, 1926.135, L.T.R.21; *Hansen/Dixon* 1906.23 T.L.R.56, *Clunet*, 1907.792; *Kremezi/Ridgway* 1949, 1 ALL.ER, *Clunet*, 1950, p. 715. Adde, Rép. *Dalloz dr. int.* V° *Fiançailles*, par WEILL.

tuelle retenue en France de faire reposer la responsabilité du transporteur sur un mythe ou une fiction (1). On sait en effet, que ce sont des raisons essentiellement pratiques qui ont conduit à reconnaître l'existence d'une obligation déterminée de sécurité dans ce contrat. En 1911 (2), où l'on n'avait pas encore donné à l'article 1384 alinéa 1 du Code civil la portée qu'il a actuellement, il fallait dispenser la victime d'apporter la preuve d'une faute d'un transporteur. Ces raisons ont sans doute disparu maintenant, mais ce qui n'était qu'une fiction est devenu réalité : les parties et davantage le transporteur, ont en vue cette obligation de sécurité lorsqu'ils contractent, cette obligation fait maintenant partie intégrante du contenu du contrat. D'une préterition de volonté, on est arrivé à une adhésion implicite (3). Il semble donc, qu'en raison de cette transformation du contrat de transport, on ne puisse actuellement dénier le caractère contractuel de la responsabilité du transporteur (4), que l'obligation de sécurité soit une obligation déterminée ou une obligation de prudence et de diligence (5).

133. — Mais on invoque alors un autre argument qui montrerait la précarité de cette qualification du droit interne ; c'est que la responsabilité du transporteur peut changer de nature selon la personne qui l'invoque, et surtout selon que la victime est ou non décédée. En effet, la jurisprudence, après avoir admis dès 1932 (6) que les ayants droit de la victime décédée pouvaient, à l'égal de la victime, intenter une action en responsabilité contractuelle contre le transporteur, motif pris de la stipulation tacite faite à leur profit dans le contrat, leur a permis ensuite (7) de se placer sur le terrain délictuel. Aussi, dit-on, il est illogique que la responsabilité du transporteur soit contractuelle ou délictuelle suivant que la personne transportée est simplement blessée ou qu'elle a succombé à ses blessures. A vrai dire, il n'y a rien d'illogique car il ne s'agit pas de la réparation du même préjudice. Les ayants droit poursuivent le

(1) V. EL KOCHERI, *La notion de contrat international*, n° 173.

(2) Il faut cependant remarquer que dans l'espèce citée note 3, p. 107, il se posait un problème de compétence et non de preuve. Il s'agissait de savoir si la victime devait ou non intenter son action en responsabilité devant le tribunal désigné dans une clause du contrat de transport. Donc de la qualification de l'action dépendait l'incompétence du tribunal saisi par la victime.

(3) C'est un phénomène tout à fait semblable à celui de l'accession de la coutume à une valeur normative.

(4) On peut même ajouter, que la liberté de mouvement que conserve la personne transportée, par opposition à la marchandise transportée, ne paraît pas suffisante pour maintenir une différence de nature de la responsabilité du transporteur, selon qu'il transporte des individus ou des marchandises.

(5) Cette distinction n'a pas en effet d'influence sur la nature de la responsabilité.

(6) Civ. 6 décembre 1932, D., 1933.1.137, note Josserand.

(7) Com., 19 juin 1951.517, note Ripert, J.C.P., 1951.II.6426, note Becqué.

transporteur en raison du préjudice qu'ils ont subi du fait du décès de leur auteur ; la victime, elle, demande réparation pour la mauvaise exécution du contrat. Ce qui est critiquable en définitive, c'est d'admettre qu'il y a une stipulation pour autrui et non qu'on puisse y renoncer. Sans doute a-t-elle été utile à l'époque, puisque les ayants droit ne pouvaient obtenir une indemnité que très difficilement. Ils ne pouvaient intenter l'action de la victime, puisque morte, on estimait qu'elle n'avait subi aucun préjudice. Ils devaient donc demander réparation de leur propre préjudice et pour cela, prouver une faute du transporteur sur la base de l'article 1382 du Code civil. D'où l'utilité de se placer sur le terrain contractuel, où le transporteur est responsable de plein droit, sauf s'il établit une cause étrangère. Mais, lorsque l'article 1384 alinéa 1 a permis d'obtenir le même résultat, il n'y avait plus aucune raison de maintenir la fiction d'une stipulation pour autrui tacite, et il convenait de rétablir la qualification naturelle de l'action des ayants droit qui est une action délictuelle (1). Or celle-ci n'est pas de nature à remettre en question la qualification contractuelle de l'action de la victime en réparation de son propre préjudice. Il semble donc que les objections faites à la qualification de l'action en responsabilité de la victime contre le transporteur ne sont plus fondées à l'heure actuelle, et c'est bien cette qualification que le juge français doit utiliser lorsqu'il se trouve en présence d'un litige présentant des éléments d'extranéité (2). Cette qualification entraîne à nouveau des difficultés dès que l'on se retrouve sur le terrain des conflits de lois.

B. — OBJECTIONS TENANT AUX CONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION *LEGE FORI* SUR LE PLAN DES CONFLITS DE LOIS.

134. — La qualification française de la responsabilité du transporteur conduit en principe à appliquer la loi du contrat (3). Or, si la loi du contrat désignée considère la responsabilité du transporteur à l'égard de la victime comme une responsabilité délictuelle, l'application de la loi du contrat comporte deux risques : ou bien,

(1) Au surplus, cette qualification est avantageuse pour les ayants droit qui peuvent ainsi obtenir une réparation intégrale du préjudice, alors qu'en matière contractuelle la réparation est limitée au préjudice prévisible ou à un certain montant par la loi. Il faut cependant remarquer que dans les transports aérien et maritime de personnes, la limitation légale de responsabilité joue quel que soit le titre auquel est exercée l'action (loi 2 mars 1957 et loi 18 juin 1966). — V. pour l'application de la loi du contrat à l'action des ayants cause de la victime contre le transporteur de personnes, Cour suprême de Norvège, 5 mars 1957, *Clunet*, 1960.522.

(2) *Contra*, EL KOCHERI, *La notion de contrat international*, n° 173, qui estime que cette action a un caractère délictuel en droit français et préconise en conséquence la compétence de la *lex loci delicti*.

(3) V. *infra*, n°s 138 et s.

elle aboutira à un défaut de réparation, si l'on s'en tient aux dispositions contractuelles de la loi du contrat — ou bien, elle conduira à une violation de la règle de conflit française en matière de délit (1), si l'on applique les dispositions relatives à la réparation des délits du système juridique applicable au contrat (2).

Pour éviter ces inconvénients, on peut songer à deux méthodes : ou bien unifier les règles de rattachement en matière de responsabilité délictuelle et contractuelle (a), ou bien aménager le principe de la qualification *lege fori* (b).

135. — a) La première méthode est préconisée en France par M. Bourel. Selon l'auteur (3), il conviendrait, quelle que fût la qualification française, de localiser les faits dommageables dans le milieu français ou étranger et d'appliquer à l'action en réparation, la loi qui a le plus de contact avec la situation, par une méthode analogue à celle qui est utilisée pour déterminer la loi applicable aux contrats (4).

Cette solution présente évidemment des avantages. Tout d'abord, celui d'éviter les difficultés nées de la qualification de la responsabilité en cause. Elle permet ensuite, d'élargir la règle de rattachement des délits, qui se limite à accorder une place prépondérante à un élément fortuit, celui du lieu de survenance du préjudice, alors que d'autres éléments peuvent présenter avec le litige des contacts plus étroits et plus déterminants (5). En revanche, l'abandon du principe

(1) Encore que la remarque ne soit que partiellement exacte, puisque la qualification délit n'est pas donnée par la *lex fori*.

(2) La situation est tout à fait différente du problème posé par la prescription. Même si la règle de conflit française désigne une loi qui considère la prescription comme une matière de procédure soumise à la *lex fori*, ce n'est pas gênant car on trouve un délai de prescription, alors qu'en matière de responsabilité, il peut ne pas y avoir de réparation.

(3) BOUREL, *Rev. crit.*, 1967.119. — V. déjà dans ce sens SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, t. II, 3^e éd., 1950.598.

(4) D'autres auteurs avaient auparavant suggéré de soumettre les deux types de responsabilité à la *lex loci laesionis* (Cf. références in BOUREL, thèse, n° 102). Mais l'unification des règles de conflit est plus intéressante, lorsqu'elle conduit à retenir d'autres critères que celui du lieu où le préjudice a été subi, pour la bonne raison qu'il est souvent difficile à localiser.

(5) Ce sont ces raisons qui ont conduit la doctrine américaine à déterminer l'existence d'une *proper law of the tort* comparable à la loi applicable au contrat. La jurisprudence américaine paraît s'orienter dans ce sens depuis l'arrêt *Babcock/Jackson* (Cour suprême de New York 9 mai 1963, *Rev. crit.*, 1964.284, note Castel). Il faut cependant remarquer que la solution est retenue pour les seuls effets de la responsabilité, et que les conditions de la responsabilité restent soumises à la *lex loci delicti* (Cf. en faveur de la *proper law*, l'opinion de Lord Hodson in Chambre des Lords, 25 juin 1969, *Boys/Chaplin*, *Rev. crit.*, 1970.78, notes Graveson et Wortley). En Europe, on reste plutôt favorable au maintien de la compétence de la loi du lieu du délit, comme principe général de solution, quitte à admettre des exceptions à ce principe lorsque le lieu du délit est purement fortuit. V. à cet égard, la résolution de l'Institut de Droit International concernant les obligations

de la compétence de la loi du contrat en matière de responsabilité contractuelle viderait de sa substance le principe même d'une loi applicable au contrat. Le contrat forme un tout. Les causes de responsabilité contractuelle dépendent étroitement de l'étendue des obligations. L'étendue de la réparation, elle-même, est liée à l'organisation du contrat. Or dans ce domaine, la prévisibilité est nécessaire, et il paraît peu souhaitable que la réparation du préjudice subi par le créancier dépende d'une loi différente de celle qui a présidé à la détermination du contenu du contrat. La difficulté ou la disparité de la qualification de la nature de la responsabilité ne doit pas faire perdre de vue cette idée.

Il est intéressant de remarquer qu'aux Etats-Unis, où la responsabilité du transporteur a un caractère délictuel, celle-ci a été rattachée à la loi du contrat unissant le transporteur à la victime, sans doute par une modification de la règle de rattachement relative aux délits. Ainsi, dans l'affaire *Kilberg/Northeast Airlines* (1), la Cour de New York a écarté la loi du lieu de l'accident (qui limitait le montant de la réparation due à la victime), pour appliquer la loi de l'Etat de New York qui avait une plus grande vocation à régler le litige, les rapports entre la victime et la compagnie aérienne ayant pris naissance dans cet Etat. C'est *en définitive, appliquer la loi du contrat de transport, sans le dire*. Ce qui prouve bien que, quelle que soit la qualification retenue par le for, les juges ont le sentiment de la nécessité d'appliquer une même loi à la responsabilité du transporteur et au contrat qui est à l'origine de la situation en cause, surtout parce qu'il est assez peu logique d'admettre que l'étendue de la responsabilité du transporteur puisse varier suivant l'endroit où se produit l'accident (2).

On voit donc qu'une modification de la méthode de rattachement des délits peut conduire à réintroduire l'application de la loi du contrat ; en revanche, le changement de rattachement de la responsabilité contractuelle, qui pourrait entraîner l'unification des règles de rattachement de la responsabilité délictuelle et contractuelle, ne semble pas souhaitable pour les raisons évoquées plus haut. On pourrait alors, pour éviter les inconvénients du principe de la qualification *lege fori*, chercher à en aménager la mise en œuvre.

délictuelles en droit international privé (session d'Edimbourg, 1969) *Rev. crit.*, 1970.152 et s., et les solutions retenues par la Convention de La Haye relative aux accidents de la circulation (V. *infra*, note 7, p. 287 ; *Adde*, BATIFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 559 bis). — Sur les avantages comparés de la *lex loci delicti* et de la *proper law of the tort*, v. LOUSSOUARN, *Précis*, n° 354 bis et CASTEL, note *Clunet*, 1969.699.

(1) 9 N.Y., 2d.34.

(2) Cet argument était invoqué dans l'affaire *Babcock/Jackson* (Cour suprême de New York, 9 mai 1963, *Rev. crit.*, 1964.284, note Castel) ; il s'agissait, en l'espèce, d'un transport bénévole, mais l'argument est encore plus pertinent lorsqu'il s'agit d'un transport professionnel.

136. — *b)* En effet, pour éviter une absence de réparation faute de dispositions adéquates dans la loi du contrat désignée en fonction de la qualification française, ou la violation de la règle de conflit française relative aux délits (1), la meilleure solution paraît être de conserver le principe de la qualification *lege fori*, tout en l'aménageant, même si le système paraît complexe de prime abord. Dans une première étape de la recherche, il faut évidemment se référer à la qualification française. Mais comme seule la loi du contrat peut en définitive définir la faute contractuelle, il faut rechercher si le fait dommageable constitue en vertu de cette loi une faute contractuelle. Si la réponse est négative, il faut alors rechercher si les conditions d'une responsabilité délictuelle sont réunies en fonction de la règle de conflit en matière de délit (2).

137. — Il semble donc que le principe de la qualification *lege fori* puisse être conservé dans une très large mesure, pour déterminer la nature de la responsabilité, en vue de son rattachement sur le plan international. Cependant nous verrons que le rôle de la *lex fori* n'est pas toujours limité à cette étape préalable, et que celle-ci intervient de manière sensible dans les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, qui relèvent pourtant légitimement de la loi du contrat.

§ 2. — Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle

138. — La compétence de la loi du contrat paraît incontestable en ce qui concerne les conditions de fond nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle (A). En revanche, il n'en est pas de même, pour des raisons particulières, de celles qui s'apparentent à des conditions de forme, telles la nécessité d'une mise en demeure ou les diligences que doit accomplir le créancier (3) afin de sauvegarder son droit à réparation ou même d'en faciliter simplement l'exercice (B). Après l'étude de ces deux premiers points, quelques précisions relatives à la prescription de l'action en responsabilité devront être apportées (C).

(1) V. la réserve faite *supra*, note 1 p. 112,

(2) Dans ce sens NIBOYET, *Traité*, t. V, n° 1417. Cf. pour une solution analogue MEIERHOF *La portée des qualifications en droit international privé*, Thèse Dijon, 1938, p. 152 et s. — V. également RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, 1956, n° 204.

(3) Le terme créancier est employé ici dans un sens large. Il s'agit de toute personne qui peut se prévaloir du défaut d'exécution ou d'une mauvaise exécution du contrat.

A. — LES CONDITIONS DE FOND DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE.

139. — Nous verrons successivement les conditions relatives au fait générateur de la responsabilité 1), puis la question de l'imputabilité du fait dommageable 2).

1. Le fait générateur de la responsabilité

140. — La loi du contrat doit en principe déterminer les *causes* qui auront pour effet d'engager la responsabilité de l'un des contractants : inexécution (1) ou rupture du contrat, mauvaise exécution (2), retard dans l'exécution (3). Cette affirmation peut paraître d'ailleurs dénuée d'intérêt, tant il est vrai que ces causes sont admises dans tous les systèmes, et que toute référence à la loi du contrat ne présente aucune utilité. Il n'en est pas de même de l'*existence* de ces causes qui ne peut être appréciée qu'en fonction de la loi du contrat. Cela résulte, d'évidence, du fait que la mesure de l'obligation à exécuter ou le moment de l'exécution dépendent de la loi du contrat, ou des limites imposées par cette loi à la volonté des parties. Par voie de conséquence, c'est en fonction de la loi du contrat, que l'on saura s'il y a inexécution, mauvaise exécution ou retard dans l'exécution du contrat.

141. — Cependant, même en ce qui concerne la détermination des causes qui entraînent la responsabilité du débiteur, l'affirmation du principe de la compétence de la loi du contrat peut présenter un intérêt. C'est le cas lorsque le contrat contient une *clause d'exonération* et celui, fort différent, où il y a *retard dans l'exécution*.

En effet, lorsque les parties ont écarté par avance la responsabilité du débiteur pour certaines causes déterminées et que, la validité d'une telle clause d'exonération a été reconnue par appli-

(1) Marseille, 20 juin 1926, *Clunet*, 1927.67. — V. en Grande-Bretagne *Melliss/Banque de Grèce*, Court of Appeal, 25 mars 1957 (1957) 2 QB. 33, Chambre des Lords, 25 novembre 1957, *Clunet*, 1961.1163, obs. Litpstein; Q.B.D., 12 mai 1953, *Clunet*, 1961.1151.

(2) V. notamment, Colmar, 26 novembre 1937, *Gaz. Pal.*, 1938.1.219; Rouen, 11 juin 1948, *Rev. crit.*, 1949.326; Trib. com. Seine, 20 juin 1961, D.M.F., 1962.672. A l'étranger, Trib. féd. suisse, 22 septembre 1956, *Swissair S.A.*..., A.T.F. 85.II.267, J.D.T., 1960.I.172, *Clunet*, 1961.228; Commission arbitrale du Com. Ext. de l'U.R.S.S., 4 mai 1957, *Clunet*, 1960.879; Cour suprême de Norvège, 17 novembre 1956, *Clunet*, 1960.525, note Hambro (appliquant la loi du pavillon allemand à titre de loi du contrat); Cour suprême de Norvège, 5 mars 1957, *Clunet*, 1960.523, obs. Hambro (écartant la loi du lieu de l'accident dans un contrat de transport de personnes).

(3) Cf. cependant sur l'éventuelle compétence de la *lex fori* en matière de dommages-intérêts moratoires, *infra*, n°142.

cation de la loi du contrat (1), l'effet de cette clause devrait également relever de la loi du contrat. Et si tel est le contenu de la loi étrangère applicable au contrat, l'irresponsabilité du débiteur devrait normalement en résulter. Mais on peut se demander si c'est bien ce que décideraient les tribunaux dans ce cas. Ne seraient-ils pas, au contraire, tentés de faire jouer les solutions adoptées en droit interne ?

On sait que la jurisprudence française, si elle admet la validité des clauses d'irresponsabilité (2), ne leur fait pas produire un effet complet. Dans un premier temps, un simple renversement de la charge de la preuve en résultait (3) ; la preuve d'une faute du débiteur entraînait la responsabilité de celui-ci malgré la clause. Depuis 1949 (4), la clause d'irresponsabilité a un effet plus étendu : le débiteur n'est responsable que si un dol ou une faute lourde (5) est démontré à sa charge. Même si la loi étrangère du contrat n'attribue pas un tel effet à la clause d'exonération, il semble que si le débiteur a commis une faute lourde, le juge français hésiterait à le décharger de toute responsabilité et en reviendrait aux solutions admises en droit interne. Ce ne serait, sans doute, pas par un appel à la technique de l'ordre public international mais en raison de la propension du juge français, à *s'en tenir aux principes de la responsabilité contractuelle du droit français*, même lorsque le contrat a un caractère international. Il serait d'ailleurs superflu, parce qu'inutilement compliqué, de recourir à la loi délictuelle, même si l'on estime que les solutions de la jurisprudence interne reposent sur le fait que les conventions d'irresponsabilité laissent subsister une responsabilité délictuelle.

142. — Le second cas, où il paraît nécessaire d'affirmer la compétence de la loi du contrat pour déterminer les causes de responsabilité est celui où il y a *retard dans l'exécution*. Pendant un temps, en effet, la jurisprudence française a fait dépendre l'attribution de dommages-intérêts moratoires de la *lex fori* (6), ce qui pouvait laisser

(1) V. *supra*, nos 57 et s.

(2) Elles sont néanmoins interdites dans certains contrats, dans le contrat de transport par mer de marchandises (art. 9 loi 2 avril 1936 puis art. 9 loi du 18 juin 1966), dans le transport terrestre de marchandises (loi Rabier art. 105, C. com.) où la prohibition est limitée à l'exonération de responsabilité pour perte ou avaries.

(3) Civ. 4 février 1874, D., 1874.1.305, S., 1874.1.273 suivi de nombreux arrêts.

(4) Soc., 3 août 1948, D., 1950.536 ; Soc., 15 juillet 1949, S., 1950.1.19, J.C.P. 1949.II.5181 ; Com. 15 juin 1950, D., 1960.97, note Rodière.

(5) Il faut généralement assimiler la faute lourde au dol encore que cette assimilation ait été rejetée par la jurisprudence en matière de contrat de transport par chemin de fer ou par mer, ce qui est confirmé dans ce dernier cas par la nouvelle loi de 1966.

(6) Req. 10 juin 1857, S., 1859.1.751 ; Req. 22 août 1885, *Clunet*, 1886.459, S., 1886.1.154 ; Bordeaux, 22 août 1865, S., 1866.2.217 ; Le Havre 6 décembre 1929, *Clunet*, 1931.1062.

penser que toutes les causes de responsabilité contractuelle ne dépendaient pas de la loi du contrat. La compétence de la *lex fori* était fondée sur l'idée que les dommages-intérêts moratoires dériveraient de la demande en justice et non du contrat.

La solution appelle deux séries de remarques. D'une part, elle n'était concevable qu'avant la loi du 7 avril 1900 modifiant l'article 1153 du Code civil français, lequel subordonnait l'attribution des dommages-intérêts moratoires à une demande en justice. Elle ne correspond plus à l'état actuel du droit français, où les intérêts courent du jour de la sommation. D'ailleurs, même à cette époque, il paraissait assez peu logique de faire dépendre l'attribution des dommages-intérêts moratoires d'un élément aussi variable que la résidence du débiteur, ce qu'avait relevé une décision ancienne (1).

D'autre part le problème est mal posé : il ne s'agit pas ici de la fixation des dommages-intérêts qui, nous le verrons, dépend dans une large mesure de la *lex fori* (2), mais du *droit à réparation* lui-même. Il s'agit de savoir si le créancier a ou non, le droit de recevoir des dommages-intérêts moratoires, en cas de retard du débiteur (3), en d'autres termes, si le retard du débiteur est un fait générateur de responsabilité ou non, ce qui est une question de fond et doit être résolu par les dispositions de la loi contractuelle (4).

143. — C'est en principe également la loi du contrat qui décidera du point de savoir *si le fait générateur doit avoir ou non un caractère fautif* pour entraîner la responsabilité du débiteur (5). Mais on sait

(1) Bourges, 6 mars 1860, S., 1860.2.621, qui fait application de la loi de l'Ile de la Réunion, applicable au contrat.

(2) V. *infra*, n° 171 et s.

(3) Comp. avec le projet de l'International Law Association, relatif à l'attribution de dommages-intérêts en cas de dévaluation de la monnaie du contrat intervenue après la date prévue pour l'exécution. V. EVAN « Le projet de Convention de l'International Law Association relatif au paiement des obligations exprimées en monnaie étrangères — Analyse critique » *Clunet*, 1958.406.

(4) Ce que la jurisprudence française semble admettre, notamment, Metz, 18 mai 1923, *Rev. Als. Lorr.*, 1924.78 ; Rabat, 7 juin 1927, *Clunet*, 1928.735 ; Civ., 15 mai 1935, *Rev. crit.*, 1936.463, NIBOYET, *Clunet*, 1936.601, S., 1935.1.244, *Gaz. Pal.*, 1935.2.202. — Req. 17 mai 1939, S., 1939.1.268 ; Paris, 13 janvier 1947, *Rev. crit.*, 1947.297 ; C.E., 11 janvier 1951, S., 1952.3.67. — V. également l'application de la loi du contrat en matière d'anatocisme, Cass. (Co et fi.), 20 octobre 1953, *Rev. crit.*, 1954.386, note Y. Loussouarn ; pour la même solution au Canada, *Livesley/Horst Co* (1924) S.C.R. 605 (1925) 1. D.L.R. 159, et, aux Etats-Unis, par. 346-d) du Second Restatement. Cf. cependant l'application de la loi du lieu d'exécution par la Commission arbitrale du commerce extérieur de l'U.R.S.S. dans l'affaire *Skembri*, *Clunet*, 1960.881.

(5) Rouen, 11 juin 1948, *Rev. crit.*, 1949.326. V. également Cass., civ., 5 janvier 1961, *Bull. civ.*, I, n° 8, p. 6 (La Cour semble admettre que la question relève de la loi du contrat, mais en l'espèce, l'application éventuelle de la loi brésilienne est rejetée, au motif que l'application de la loi étrangère ne peut être invoquée pour la première fois en cassation.

combien, même en droit interne français (1), il est difficile de dire si la notion de faute est inhérente au fait générateur de la responsabilité ou si elle doit exister indépendamment de celui-ci. L'inexécution, cependant, est en elle-même fautive si l'on définit la faute, de même qu'en matière délictuelle, comme un manquement à une obligation (2).

Le problème se résout finalement dans la *constatation de la faute*. La preuve de la faute contractuelle, — et notamment la présomption de faute que la loi édicte dans certains cas —, relève de la loi du contrat, car il s'agit d'une *litis decisio* (3), liée à l'étendue de l'obligation. Néanmoins, on peut se demander si le juge ne sera pas tenté ici de faire intervenir les notions du for d'obligations de résultat et de moyen (4), bien que le contrat soit soumis à une loi étrangère. On a un exemple de cette méthode instinctive du juge dans une décision récente du Tribunal de grande instance de Chambéry du 14 décembre 1965 (5). Sans doute la loi française était-elle en définitive applicable au contrat, mais avant même de déterminer la loi du contrat, les juges ont analysé le contenu du contrat en fonction de la loi du for, et retenu l'existence d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du transporteur. Mais la loi du contrat reprend son empire lorsqu'il s'agit d'apprécier l'influence du dol (6) ou de la faute lourde commise par le contractant, dans la mesure où ceux-ci peuvent aggraver sa responsabilité (7).

Certains auteurs italiens ont cependant soutenu que la diligence du débiteur était une *modalité d'exécution* (8) et devait être appréciée selon la loi du lieu d'exécution (9). Mais il s'agit là d'une extension abusive de la notion de modalités dans le domaine substantiel du contrat (10), qui contredit de plus le principe de la détermination de l'étendue des obligations en fonction de la loi du contrat. Si le débiteur est parfois tenu de respecter certaines dispositions du lieu d'exécution, comme par exemple les jours fériés qui le conduisent à

(1) Cf. en droit comparé, CONSTANTINESCO, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, Stuttgart et Bruxelles, W. Kohlhammer Verlag et Librairie encyclopédique, 1960, 555 p.

(2) CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, n° 71 et 95.

(3) NIBOYET, *Traité*, t. V, n° 1417.

(4) V. l'équivalent de ces notions en droit italien, in MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciali*, 8^e éd., vol. 2, Milan, 1950, p. 235.

(5) *Rev. crit.*, 1967.110, note Bourel.

(6) Civ., 26 février 1958, *Cie d'Assurances Winterthur/époux Vandel*, *Bull. civ.*, I, n° 118, p. 91.

(7) Ainsi en droit français, le débiteur doit alors également réparer les dommages imprévisibles (art. 1150, C. civ.) ou verser des dommages-intérêts compensatoires, en cas de retard dolosif (art. 1153, al. 4, C. civ.).

(8) Sur cette notion, v. *supra*, n° 117 et s.

(9) CERETI, *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*, p. 143 ; MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, p. 255.

(10) V. notamment la critique de CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, p. 41 et 64.

exécuter après la date prévue, la teneur de ses obligations ne doit pas s'en trouver modifiée. Il serait de plus, contradictoire d'apprécier la diligence du débiteur selon la loi du lieu d'exécution et d'en déduire les conséquences selon la loi du contrat.

2. Imputabilité du fait dommageable. Exonération du débiteur.

144. — Si la nécessité que le créancier subisse un préjudice (1) n'appelle pas de commentaires (2), la difficulté est plus grande en ce qui concerne l'imputabilité de l'inexécution au débiteur (3) ou l'incidence des causes qui exonèrent le débiteur ou atténuent sa responsabilité : cause étrangère, cas fortuit, force majeure, fait d'un tiers ou faute de la victime, ou toute autre cause d'exonération prévue par la loi (4). Les législations peuvent diverger particulièrement sur ce dernier point, mais également en ce qui concerne les causes générales d'exonération du débiteur ; ainsi, par exemple, le droit anglo-saxon semble ignorer la notion de force majeure (5). Dans la mesure où les causes d'exonération du débiteur sont un élément d'équilibre du contrat, elles devraient logiquement dépendre de la loi applicable au contrat (6).

La jurisprudence française ne s'est pas nettement prononcée (7),

(1) Req. 17 mai 1939, S., 1939.1.263 (implicitement). L'existence d'un préjudice est appréciée souverainement par les juges du fond.

(2) V. *infra*, n°s 167 et s., l'influence de la nature du préjudice sur l'étendue du droit à réparation.

(3) Il faut rejeter de même qu'en matière délictuelle, l'idée proposée par certains auteurs italiens, de soumettre cette question à la loi personnelle du débiteur (v. BOUREL, *Les obligations extra-contractuelles en droit international privé* p. 210 et 211). La jurisprudence a fait application de la loi du contrat, Req. 2 nov. 1937, *Clunet*, 1938.480 ; Rouen, 11 juin 1948, *Rev. crit.*, 1949.326, Paris, 15 févr. 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.1.805, *Clunet*, 1933.959 (implicitement).

(4) On a un exemple de la complexité de la matière dans la loi du 18 juin 1966, relative au transport maritime de marchandises. Le transporteur est responsable de plein droit des pertes ou avaries survenues à la marchandise, à moins qu'il n'établisse que celles-ci proviennent des causes énumérées dans l'article 27 de la loi. Cependant, même dans ce cas, le chargeur ou le réceptionnaire peuvent déjouer l'exonération du transporteur, en prouvant une faute de celui-ci ou de ses préposés. — Pour le droit comparé, v. les références citées in E. DU PONTAVICE « Loi du 18 juin 1966 et décret du 31 décembre sur les contrats d'affrètement et de transport maritime », J.C.P., 1967.I.2063, n° 41 et s.

(5) D'une manière générale, la notion anglo-saxonne de contrat rend inutile la détermination de l'imputabilité de l'inexécution : le contrat s'analyse en effet comme un engagement conditionnel de payer des dommages-intérêts en cas d'inexécution.

(6) V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 607 ; BATIFFOL, *Contrats*, n°s 492 et s. ; NIBOYET, *Traité*, t. V, n° 1418.

(7) V. Trib. com. Marseille, 20 janvier 1926, *Clunet*, 1927.67 ; Paris, 15 février 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.85, *Clunet*, 1933.959. On peut également interpréter dans ce sens les décisions qui soumettent la validité des clauses d'exonération de responsabilité à la loi du contrat (*supra*, n°s 57 et s.). La jurisprudence étrangère est au contraire plus nette et se prononce en faveur de la loi du contrat. V. en

si ce n'est dans une décision récente (1), mais qui n'est peut être pas significative car les juges ont estimé que la loi française était applicable au contrat. Il s'agissait, en l'espèce, du remboursement d'un prêt accordé, en Algérie après l'indépendance de celle-ci, par une banque française à une société française. Le billet à ordre souscrit par cette dernière à cet effet était payable à Alger. Ayant toutes les deux par la suite transféré leurs activités en France, la Banque réclamait le paiement du billet à ordre. La société opposa alors que la saisie de ses biens en Algérie constituait un cas de force majeure justifiant l'inexécution de son obligation de remboursement. La Cour, après avoir estimé que la loi française était applicable au contrat, a recherché en fonction de cette loi si les éléments de la force majeure étaient réunis. Ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La société ayant son patrimoine en France et étant *in bonis*, l'exécution de sa dette n'était pas impossible (2). On sait, en effet, que dans la conception française, le paiement d'une somme d'argent ne l'est jamais, tout le patrimoine présent et futur du débiteur répondant de ses dettes (art. 2092 C. civ.) (3). Mais en dehors de cette décision, on ne trouve guère de confirmation évidente de la détermination des causes d'exonération du débiteur en fonction de la loi du contrat.

145. — Un autre problème est de savoir si le débiteur peut être exonéré pour *d'autres causes* que celles prévues par la loi du contrat. Nous retrouverons ultérieurement ce problème qui est lié au développement du dirigisme étatique (4), mais il convient d'en dire quelques mots ici, car il relève de l'appréciation de la notion de force majeure (5). Il s'agit essentiellement de savoir si le débiteur se trouve *libéré* de ses obligations, lorsque le contrat n'a pu être exécuté par suite des *prohibitions* en vigueur au lieu d'exécution (6), dont la loi est par hypothèse, différente de la loi applicable au contrat dans son ensemble.

Grande-Bretagne, *Jacobs/Crédit Lyonnais* 12 QBD (1884), *Re United Railways of the Havana* (1958) 2 W.L.R. 229 *Adams/National Bank of Greece*, *Rev. crit.*, 1961.712, (Cf. également J.F. AUBERT, *Rev. crit.*, 1961.653). En Allemagne, B.G.H., 14 avril 1953 ; I.P.R. spr. 1953.150.

(1) Paris, 19^e Ch. 10 juillet 1965, *Société Le Phoenix/Cie française de Crédit et de Banque*, *Rev. crit.*, 1966.63, note H.B.

(2) La Cour de Paris a, par suite, estimé qu'il était inutile de rechercher la portée de la dépossession de la société débitrice de ses biens situés en Algérie (sur l'effet des nationalisations algériennes sur la libération du débiteur, v. *infra*, n^{os} 346 et s.).

(3) Sur la loi applicable au droit de gage général du créancier (v. *infra*, note 4, p. 328).

(4) V. *infra*, n^{os} 333 et s.

(5) En effet, si le problème est, en général, lié à l'existence de lois de police au lieu d'exécution, il peut néanmoins se poser pour des dispositions en vigueur au lieu d'exécution qui n'auraient pas le caractère de lois de police.

(6) Il se peut d'ailleurs qu'il ne s'agisse pas uniquement du lieu d'exécution *stricto sensu*, mais également du pays où se localise le point de départ de l'exécution, tel par exemple un transfert de capitaux d'un pays à un autre.

Une partie de la doctrine, en Allemagne et en Suisse, principalement (1), et également en Italie (2) l'a admis, et a considéré que la loi du lieu d'exécution pouvait constituer un empêchement d'exécution libératoire. On a opposé à cette thèse qui a trouvé quelque écho en jurisprudence (3), et même dans la loi (4), que seule l'impossibilité de droit appréciable selon la loi du contrat et non une impossibilité de fait, pouvait libérer le débiteur de ses obligations (5). Mais à notre avis, la distinction ainsi établie entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit n'est pas légitime. En effet, il n'y a aucune différence dans le fait de considérer comme un événement de force majeure l'impossibilité résultant d'une loi étrangère, et l'impossibilité résultant d'un fait étranger au débiteur, à condition que les caractères de la force majeure exigés par la loi du contrat soient réunis.

(1) WENGLER, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941. 168 et s., spéc. p. 202; ZWIGERT, « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote », *Rabels Z.* 14, 1942.283 et s.; SERICK, « Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht », *Rabels Z.*, 1963.641 et s.; KEGEL, RUPP et ZWIGERT, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, Berlin, 1941, p. 45 et s.; NEUMANN, *Devisennotrecht*, p. 82 et s. — En Suisse, F. VISCHER, « Kollisionrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung », *Festgabe Max Gerwig*, Bâle, 1960, p. 167 et s. V. également du même auteur, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962.

(2) V. notamment BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2^e éd., n° 74; ANDRIOLI, « Legislazione sulle divise e forza maggiore », *Foro Italiano*, 1939.I.571 et s.; VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, p. 141 et s. Cf. autres auteurs cités in CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 20.

(3) En France, Colmar, 11 mars 1938, *Rev. crit.*, 1939.134, note Batiffol. En Allemagne notamment, RG, 28 juin 1918, *Entscheidungen*, 93.182 cité par RIPHAGEN, « Relation entre droit public et privé dans les conflits de lois », *Rec. Cours La Haye*, t. 102, 1962, vol. I, p. 286. En Suisse, Trib. féd. suisse A.T.F., 42/1916.II.379. — Il faut remarquer que le problème ne se pose pas en Grande-Bretagne en raison de l'appréciation de la licéité du contrat au regard des dispositions non seulement de la *proper law*, mais également de la *lex loci solutionis* (*supra*, n° 49 et s.). En revanche, la jurisprudence anglo-saxonne s'est refusée à prendre en considération à titre de fait toutes lois autres que celles-ci. V. *Kleinwort Sons and Co/Ungarische Baumwolle Industrie A.G. and Hungarian General Credit Bank*, K.B.D. 193 et Cour d'appel, 23 mai 1939, *Giur. Comp.*, t. X, 1944.48. — Cf. cependant *infra*, n° 263, la solution admise dans l'affaire *Regazzoni/Sethia* (1956) 1 All. E.R. 229, C.A., 1956, W.L.R. 79, Ch. Lords, 1957, 3 All. E.R. 286, *Clunet*, 1961.1141.

(4) On trouve en effet, dans la loi suisse une application de cette idée. En vertu de l'article 501-IV, modifié en décembre 1941, du Code suisse des obligations « si le débiteur est domicilié à l'étranger et se trouve dans l'impossibilité de s'acquitter ou ne peut exécuter que partiellement en raison de prescription de la loi étrangère, par exemple en matière de trafic de compensation ou interdiction de transférer des devises, la caution domiciliée en Suisse peut également invoquer cette loi, à moins qu'elle n'y ait renoncé ».

(5) VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, p. 229 et s.; CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 83 et s. qui refuse cette thèse notamment en ce qui concerne les choses de genre, en raison de la maxime *genus perire non censetur*.

Dans les deux cas, la cause de l'impossibilité est de *fait* (1), seules les conséquences sont de *droit*. Mais il est certain que le plus souvent cette considération sera sans portée. En effet, si la loi du contrat exige, comme en droit français, que l'empêchement résulte d'un événement insurmontable et imprévisible, il paraît douteux qu'un caractère imprévisible soit reconnu à un empêchement d'exécution consécutif à une *loi prohibitive* qui *n'existait pas* à l'époque de la conclusion du contrat. Sinon, il faudrait affirmer que toute modification législative est imprévisible, ce qui est absurde. On imagine quels désordres pourrait entraîner une telle conception dans un système interne !

Néanmoins, lorsque la loi du contrat n'exige pas de telles conditions, le débiteur pourrait, sans illogisme, être libéré par l'effet d'une loi autre que celle qui est applicable au contrat (2). Mais cela ne contredit nullement le principe de la compétence de la loi du contrat en la matière.

146. — Il semble donc que la loi du contrat ait une compétence de principe, en dépit d'une jurisprudence incertaine, pour décider des conditions de fond nécessaires en général à la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur ou pour admettre l'effet d'une cause étrangère sur la libération de ce débiteur. Le problème se pose différemment pour d'autres conditions, qui s'apparentent à des conditions de forme — mais qui sont en réalité le plus souvent des conditions de fond —, c'est le cas des formalités que doit accomplir le créancier du contrat inexécuté ou mal exécuté.

B. — FORMALITÉS A ACCOMPLIR PAR LE CRÉANCIER.

147. — Le créancier (3), avant d'intenter une action en responsabilité contractuelle (4), peut être tenu d'accomplir certaines formalités, soit que celles-ci conditionnent l'exercice de l'action, soit qu'elles en facilitent simplement la mise en œuvre, notamment par leur

(1) Ce qui n'est d'ailleurs pas en contradiction avec la conception selon laquelle la loi étrangère serait considérée comme un fait, conception qui doit être nuancée. V. sur ce point BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, n^{os} 134 et s.

(2) V. également *infra*, n^{os} 333 et s., la libération du débiteur par l'effet des lois de police.

(3) Par le terme créancier, nous entendons le contractant ou le tiers bénéficiaire qui peut se prévaloir de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation née du contrat.

(4) Nous employons cette expression par commodité, mais il est évident que, dans certains cas les formalités doivent être accomplies sans qu'il s'ensuive nécessairement une action en responsabilité contractuelle. Ce sera notamment le cas, lorsque le débiteur exécutera le contrat après la mise en demeure faite par le créancier.

incidence sur la constatation du dommage subi par le créancier.

Nous nous attacherons ici aux exemples les plus notables : d'une part, l'obligation de mettre en demeure le débiteur qui n'exécute pas, par un acte spécial — obligation qui peut être générale à tous les contrats —, d'autre part, les formalités, — particulières à certains contrats tels la vente ou le transport de marchandises —, auxquelles doivent procéder, généralement dans un délai assez bref, l'acheteur ou le destinataire lorsque la marchandise présente des défauts. Il semble que, malgré leur lien évident avec le contrat dont elles doivent permettre d'assurer, soit l'exécution convenue, soit l'exécution par équivalent, ces formalités ne doivent pas nécessairement relever de la loi applicable à celui-ci. En effet, leur caractère formel, par les considérations pratiques qu'il implique, conduit à préférer un rattachement plus adéquat, ce que le droit positif confirme dans une large mesure, tant en ce qui concerne la *mise en demeure du débiteur* 1), que les *formalités* à accomplir par l'acheteur ou le destinataire de marchandises 2).

1. La mise en demeure du débiteur

148. — La mise en demeure du débiteur est un acte juridique formel destiné à constater le retard ou, plus largement, le défaut du débiteur. On peut se demander si la *nécessité* (1) d'un tel acte, préalable à l'action en responsabilité, est une question de fond soumise à la loi du contrat (2), une condition de forme rattachée à la loi du lieu où l'exécution aurait dû être faite (3), ou même une question de procédure dépendante de la *lex fori*. Si l'on tient, en France, cette formalité pour une condition de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, dans d'autres systèmes au

(1) Le problème se pose en effet principalement sur ce point, car il est incontestable que la mise en demeure constitue elle-même un acte juridique distinct dont les éléments peuvent être soumis à des rattachements propres, notamment quant à la capacité de son auteur et quant à la forme qu'elle doit présenter.

(2) Dans ce sens, BATIFFOL, *Contrats*, n° 495, qui réserve cependant la compétence de la loi locale en ce qui concerne la *forme* de la mise en demeure, ce qui n'est pas sans présenter d'inconvénient lorsque la loi locale ignore cette formalité ; le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* permettrait alors de suivre les formes de la loi du contrat (v. d'ailleurs en faveur de la loi du contrat, Civ., 15 février 1955, J.G.P., 1955.IV.45). Quant aux *effets* de la mise en demeure sur la charge des risques dans la livraison de corps certains, il faut en principe, réserver le rôle de la loi réelle (BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 607 ; BATIFFOL, *Contrats*, n° 496). Mais depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1955, qui dissocie la question des risques du transfert de propriété, il semble que la charge des risques relève de la loi du contrat de vente.

(3) La compétence de la loi du lieu d'exécution a été proposée par Foelix, rappelons-le, à titre de loi applicable aux *suites* du contrat, par opposition aux effets soumis à la loi du contrat (*supra*, note 6 p. 104.), et elle avait été retenue par l'Institut de Droit international en 1908, la mise en demeure relevant de la notion de modalités d'exécution (v. *supra*, n° 117).

contraire, comme en Italie, elle s'avère inutile, la seule échéance du terme suffisant à établir la faute du débiteur (article 1223 alinéa 1 du Code civil). En Allemagne également, le BGB (article 326) exige simplement que le créancier accorde au débiteur un délai pour s'exécuter.

La jurisprudence française, tenant compte de la conception française de la mise en demeure, semble admettre que la *loi du contrat* est compétente lorsqu'il s'agit de savoir si une mise en demeure est ou non nécessaire (1). La Cour de Paris l'avait admis dans un arrêt du 15 avril 1905 (2), pour la réclamation en justice par un sollicitor anglais des honoraires dus par son client et avait appliqué la loi anglaise du contrat. La Chambre des Requêtes (3) l'avait également admis, quoique implicitement, ainsi qu'un arrêt plus récent de la Cour de cassation du 6 juillet 1959 (4) rendu, il est vrai, en matière de résolution du contrat.

149. — Cette solution présente un inconvénient certain lorsque la loi du contrat n'est pas connue à l'avance (5). De plus, on peut se demander si ce rattachement correspond effectivement au rôle que doit jouer la mise en demeure en cas d'inexécution du contrat.

Il n'apparaît pas en effet, que la mise en demeure ait en droit français une importance telle qu'elle doive être considérée comme une condition de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, et que cette conception doive être transposée sur le plan international. L'article 1146 du Code civil n'a pas une portée aussi générale que celle qu'on lui attribue. D'abord, la mise en demeure du débiteur n'est nécessaire que lorsqu'il s'agit d'obtenir des dommages-intérêts moratoires et non des dommages-intérêts compensatoires (6). De plus, dans la mesure où les conditions de forme de la mise en demeure ne sont pas rigides et que de larges équivalences sont admises — notamment l'exploit introductif d'instance peut en tenir lieu (7) —, il faut bien reconnaître que c'est réduire à une vague formule, l'exigence d'une mise en demeure. On est loin d'une véri-

(1) V. cependant, Paris, 22 juin 1967, *Clunet*, 1968.102, note Dayant, où la loi du contrat n'est pas déterminée.

(2) Paris, 15 avril 1905, *Rev. crit.*, 1905.340.

(3) Req., 7 janvier 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.1.575. Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir appliqué l'exigence de la loi française relative à la mise en demeure, alors que celle-ci n'était pas nécessaire selon la loi russe du contrat. La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi au motif que la Cour de cassation n'a pas à contrôler la loi étrangère.

(4) Civ., 6 juillet 1959, *Fourrures Renel*, *Rev. crit.*, 1959.708, note H. Batiffol.

(5) Cela si la loi du contrat attache réellement une importance fondamentale à la mise en demeure.

(6) La jurisprudence française est en effet loin d'être unanime sur la nécessité d'une mise en demeure dans ces cas. V. sur ce point CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, n^{os} 76 et 77.

(7) V. notamment Civ., 7 décembre 1938, D.H., 1939.67.

table condition de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle et la différence des systèmes n'est que relative.

Si cette considération conduit à écarter la compétence nécessaire de la loi du contrat en la matière, l'atténuation des formes de la mise en demeure conduit également à rejeter la thèse selon laquelle la mise en demeure du débiteur serait une condition de forme de la responsabilité contractuelle soumise à la loi locale.

150. — En réalité, ce qu'il convient de retenir, s'agissant de déterminer le rattachement de la mise en demeure, est le caractère coercitif de celle-ci, par la pression qu'elle peut exercer sur le débiteur pour l'amener à exécuter le contrat. C'est pourquoi, il paraît préférable d'y voir une *procédure extra judiciaire d'exécution* soumise au même rattachement que la procédure d'exécution forcée (1). Cette analyse conduit principalement à retenir, non pas la compétence de la loi du lieu où l'exécution aurait dû être faite (2) mais, celle du lieu où l'exécution est demandée, c'est-à-dire en général la *lex fori* (3).

Cette solution semble avoir été adoptée par un arrêt récent de la Cour de Paris du 22 juin 1967 (4). La Cour a refusé d'attribuer des dommages-intérêts moratoires à une société française pour le retard apporté par son débiteur dans l'exécution du contrat, au motif que celle-ci n'avait pas adressé une mise en demeure au débiteur. L'arrêt applique donc la loi française sans rechercher la loi applicable au contrat, qui pouvait être, sans doute en l'espèce, la loi brésilienne du lieu d'exécution prévu au contrat. Mais peut-être, la solution peut-elle être expliquée par la tendance, déjà signalée, de la jurisprudence française à faire application de la loi française en cas d'inexécution d'un contrat international.

La nécessité de déterminer un rattachement prévisible est encore plus évidente lorsqu'il s'agit des formalités que l'acheteur ou le destinataire de marchandises doit accomplir pour préserver son droit à réparation, dans la mesure où elles sont assorties de délais.

(1) V. *supra*, note 2, p. 105. Cependant la compatibilité entre les diverses lois, notamment celles du contrat et du lieu d'exécution, sera moins difficile à réaliser en raison du caractère extrajudiciaire de la procédure, dépourvue de l'autorité de chose jugée.

(2) V. les décisions allemandes dans ce sens citées par BATIFFOL, *Contrats*, p. 410, note 1.

(3) Cependant, l'effet de la mise en demeure sur la charge des risques paraît également relever de la loi de la situation de l'objet à livrer (BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 607).

(4) Paris, 22 juin 1967, *Clunet*, 1968.102, note Dayant.

2. *Formalités à accomplir par l'acheteur
ou le destinataire de marchandises. — Délais*

151. — En matière de contrat de vente ou de transport de marchandises, l'exercice d'une action en responsabilité contractuelle dépend fréquemment de l'accomplissement, par l'acheteur ou le destinataire, de formalités destinées à constater ou à réserver l'état ou la qualité défectueuse de la marchandise, formalités généralement assorties de très brefs délais.

Cette dépendance est particulièrement caractéristique en droit français, dans le contrat de *transport terrestre* ; à peine de forclusion de son action, le destinataire (1) doit, dans les trois jours de la réception, dénoncer les vices de la marchandise (2) (avaries ou pertes) et, éventuellement provoquer une expertise. La même fin de non-recevoir frappait autrefois le destinataire de marchandises reçues par mer lorsque celui-ci n'avait pas protesté dans les vingt-quatre heures (3). Cette sanction radicale a disparu dans la loi du 2 avril 1936 (4), comme dans la loi du 18 juin 1966 (5) relative au contrat de *transport maritime*. Cependant, sans être actuellement une véritable condition de l'action en responsabilité, les diligences du réceptionnaire conditionnent largement son action, puisque faute d'avoir accompli ces formalités, ce dernier devra combattre la présomption de livraison conforme qui en résulte, ce qui sera extrêmement difficile en raison du dépérissement des preuves.

En matière de *vente* également, l'exercice de l'action en responsabilité contractuelle peut être étroitement dépendante de la constatation des vices des objets livrés et de leur dénonciation au vendeur dans un bref délai. Ce n'est certes pas évident en droit français, où l'article 1648 du Code civil énonce seulement que l'action résultant des vices redhibitoires (6) doit être exercée à bref délai, mais ne contient pas de dispositions relatives à la forme et au délai dans lesquels les réserves doivent être faites. Mais en droit italien par exemple, les vices de la marchandise doivent être dénoncés dans les huit jours de leur découverte (7), la prescription

(1) Sur le problème de savoir si l'obligation d'observer les formalités de l'article 105 du Code de commerce s'impose non seulement au destinataire mais également aux divers intermédiaires susceptibles d'intervenir, notamment les commissionnaires de transport, v. René RODIÈRE, J.C.P., 1968.II.15539.

(2) Article 105 du Code de commerce.

(3) Ancien article 435 du Code de commerce.

(4) Article 8 de la loi du 2 avril 1936.

(5) Article 32 de la loi du 18 juin 1966 et articles 56 et 57 du décret du 31 décembre 1966.

(6) Sur le caractère d'actions en responsabilité des actions redhibitoires et estimatoires, v. *supra*, n° 96.

(7) La procédure de constatation étant soumise aux articles 696 et suivants du Code de procédure civile italien.

de l'action étant alors soumise à un délai de prescription d'un an (article 1495 Code civil italien) (1).

Ces divers exemples montrent l'importance de l'incidence de ces formalités sur le droit à réparation du créancier, et, en raison de la diversité, non pas des formes, mais des délais de leur accomplissement, l'intérêt de déterminer la loi à laquelle il convient de se référer lorsqu'on est en présence d'un contrat international.

152. — Si l'on considère qu'il s'agit de conditions de mise en œuvre de l'action en responsabilité contractuelle, on peut penser retenir, de même que pour les conditions de fond évoquées plus haut (2), la compétence de la loi du contrat (3). Si nous estimons que la loi du contrat doit conserver une *compétence facultative* (4), l'urgence de la situation, les preuves étant particulièrement périssables en la matière, milite cependant en faveur de l'observation des dispositions en vigueur au lieu de livraison ou de destination de la marchandise (5). L'acheteur ou le destinataire peuvent en effet, connaître plus facilement les dispositions de celle-ci (6) que s'il leur fallait rechercher les dispositions de la loi du contrat sur ce point. Cela, d'autant plus que la détermination de la loi du contrat peut présenter des difficultés s'il n'y a pas eu de désignation expresse, et nécessiter l'introduction d'une instance (7). L'argument est encore plus décisif lorsqu'il s'agit du destinataire, dans le contrat de transport de marchandises, puisque celui-ci n'est pas partie au contrat et qu'il peut n'avoir aucun élément pour connaître les stipulations des parties sur ce point.

L'effacement de la compétence de la loi du contrat n'est donc pas

(1) Pour un lien encore plus évident, v. la solution retenue par l'article 39 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant Loi Uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels. L'acheteur est *déchu* du droit de se prévaloir du défaut de conformité de l'objet vendu, s'il n'a pas dénoncé les vices dans un *bref délai*.

(2) V. *supra*, nos 139 et s.

(3) Pour l'application de la loi du contrat en Italie, v. Cour d'appel de Turin, 12 décembre 1956, *Giustizia civile*, Massim, C.A. Torino, 1956.187. En Belgique, v. Anvers, 1^{er} mars 1900, *Clunet*, 1900.820. « Les dispositions de la loi maritime belge, qui imposent l'obligation de protester dans les vingt-quatre heures dès la réception, à peine de non-recevabilité, sont applicables alors même que la réception a eu lieu à l'étranger ; la forme seule du protêt est régie par la loi du lieu où se fait la réception... ».

(4) V. *infra*, nos 155 et s.

(5) De même que l'urgence justifie parfois l'application de la *lex fori* à des situations normalement soumises à une loi étrangère (v. BATIFFOL, *Traité*, 4^e éd., n° 350), de même ici justifie-t-elle l'application de la loi du lieu d'exécution malgré le lien qui existe entre la dénonciation des vices et le régime de la responsabilité contractuelle.

(6) V. en ce sens à propos du contrat de transport, R. RODIÈRE, *Droits des transports*, t. II, n° 404.

(7) V. dans ce sens, H. BATIFFOL, *Problèmes des contrats privés internationaux*, Cours I.H.E.I. 1961-62, t. II, p. 166 et 167.

commandé par une qualification de forme des dites formalités (1), ni même par une qualification procédurale, bien que la dénonciation des vices soit généralement liée à l'accomplissement de procédures destinées à la constatation de ces vices. Il ne s'agit pas, non plus à proprement parler, de « modalités d'exécution » comme on l'a suggéré (2) par suite d'une certaine tendance à englober dans une même acception, « modalités » d'exécution et « incidents » d'exécution, notions qui ne recouvrent pas cependant les mêmes catégories de règles. Le fondement de la compétence de la loi du lieu d'exécution ou de destination est cependant assez proche dans la mesure où il s'inspire de mêmes considérations pratiques.

153. — Cette solution est depuis longtemps reconnue dans la jurisprudence française comme dans la jurisprudence étrangère (3). Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé dans un arrêt du 12 avril 1938 (4) que la loi du lieu de livraison était « seule applicable aux formalités à l'arrivée et lors de la livraison de la marchandise », alors que la loi du contrat n'avait même pas été déterminée. Le principe est repris dans un arrêt plus récent de la Cour de Paris du 8 novembre 1963 (5), sans d'ailleurs que la loi hollandaise du lieu de destination soit appliquée, faute pour la partie qui l'invoquait d'en avoir

(1) La nécessité de respecter des délais interdirait d'ailleurs d'y voir de simples conditions de forme. V. cependant, pour la compétence de la loi locale au titre de *locus regit actum*, Trib. com. Marseille, 29 décembre 1920, *Clunet*, 1922.1011 (art. 435, C. com.).

(2) V. *supra*, n°s 117 et s.

(3) Notamment en Allemagne, Cour féd. Rép. féd. d'Allemagne, 14 février 1958, *Rev. crit.*, 1958.542, note Mezger (v. autres références dans BATIFFOL, *Contrats*, n° 495). La jurisprudence italienne a également à plusieurs reprises retenu la compétence de la loi locale (v. décisions citées par CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 77, note 94). Mais selon Conforti, *op. cit.*, cette solution était fondée sur l'article 58 du Code de commerce italien qui autorisait le recours aux dispositions de la loi du lieu d'exécution ; mais depuis l'abrogation de ce texte, la solution n'aurait plus aucune justification. L'auteur cite d'ailleurs dans ce sens un arrêt de la Cour d'appel de Turin du 12 décembre 1956 (CONFORTI, p. 77, note 96) qui aurait appliqué la loi du contrat et refusé la possibilité de recourir aux dispositions de la loi du lieu d'exécution. Un arrêt postérieur de la Cour de cassation italienne du 14 juin 1957 (*Comp. Barrow Lane/Ditta Mondello Nestler*, *Riv. dir. int.*, 1958.458, *Rev. crit.*, 1962.294), bien qu'il refuse de reconnaître l'effet des formalités accomplies au lieu de destination, paraît cependant reconnaître la possibilité de se conformer à la loi locale lorsqu'elle accorde des garanties équivalentes à celles de loi du contrat (v. sur cet arrêt *infra*, n° 156).

(4) Cass., 12 avril 1938, S., 1938.1.18, *Rev. crit.*, 1938.651, note H. B. (transport par chemin de fer d'Algérie au Maroc). Cf. autres décisions in BATIFFOL, *Contrats*, n° 284. — V. cependant antérieurement en faveur de la loi du contrat, Cass., 19 juin 1929, S., 1929.1.341 (transport maritime des Etats-Unis en France).

(5) Paris, 8 novembre 1963, J.C.P., 1964.II.13474, note Rodière (transport terrestre de France en Hollande). V. également Paris, 16 juin 1959, *Rev. crit.*, 1960.72, note Jambu-Merlin (retenant la compétence du lieu d'exécution quant aux difficultés d'exécution).

prouvé la teneur. La Cour fait donc appel à la vocation subsidiaire de la loi française lorsque l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit est impossible. Elle écarte néanmoins la forclusion de l'article 105 du Code de commerce, qui suppose la réception effective des objets livrés. Or le destinataire avait refusé une partie de ces objets et les avait réexpédiés dans leur pays d'origine. La compétence de la loi du lieu de livraison apparaît également implicitement dans les arrêts de la Cour d'Aix du 20 février 1964 (1) et de la Cour de cassation du 9 janvier 1968 (2), relatifs à la forclusion de l'action du destinataire (3).

154. — La solution est d'ailleurs consacrée, en matière de transport maritime de marchandises, par l'article 16 de la loi du 18 juin 1966, selon lequel « les diligences extrajudiciaires, les mesures conservatoires et les mesures d'exécution sur la marchandise sont régies par la loi du lieu où elles doivent être effectuées ». La compétence de la loi du lieu de livraison est également retenue par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 relative aux conflits de lois en matière de vente d'objets mobiliers corporels en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1964 (4). En vertu de l'article 4 de la Convention, en effet, « A moins d'une clause expresse contraire, la loi interne du pays où doit avoir lieu l'examen des objets mobiliers corporels délivrés en vertu de la vente est applicable, en ce qui concerne la forme et les délais dans lesquels doivent avoir lieu l'examen et les notifications relatives à l'examen ainsi que les mesures à prendre en cas de refus des objets » (5).

La portée de la disposition est d'autant plus grande que l'application de la Convention de La Haye n'est pas limitée aux pays signataires de la Convention.

155. — Cependant l'observation des formalités et des délais de la loi du lieu de livraison ou de destination ne doit pas à notre avis, constituer un rattachement impératif ; il faut néanmoins laisser à l'acheteur ou au destinataire la *possibilité* de se référer aux dispositions de la *loi du contrat* si cette solution leur paraît préférable. En effet l'utilité du rattachement des formalités et des

(1) Aix, 20 février 1964, D.M.F., 1964.294, note Prodomides.

(2) Com., 9 janvier 1968, cassant l'arrêt d'Aix précité, J.C.P., 1969.II.15739, note Ph. Kahn ; *Rev. crit.*, 1969.487, note Jambu-Merlin ; *Clunet*, 1968.735, note Dayant. V. également dans le même sens implicite, Com., 7 juillet 1964, *Bull. civ.*, III, p. 315, n° 358, D.M.F., 1964.597, note Lureau.

(3) Sur la prescription de l'action en responsabilité contractuelle, v. *infra*, n° 158 et s.

(4) Il faut d'ailleurs remarquer que même la Convention de La Haye portant Loi Uniforme du 1^{er} juillet 1964 (non entrée en vigueur) contient une règle de conflit semblable dans son article 38-4°.

(5) *Rev. crit.*, 1964.787.

délais de dénonciation des vices à la loi du lieu de livraison ou de destination ne se conçoit que s'il permet au créancier de sauvegarder ses droits et non pas s'il conduit à lui imposer des délais plus stricts que ceux de la loi du contrat (1). Sans doute, peut-on opposer à cette suggestion l'imprévisibilité des solutions qui résulterait d'une règle de conflit alternative, mais il ne semble pas que l'incertitude soit grande en l'occurrence.

La jurisprudence française ne s'est pas véritablement prononcée sur la possibilité d'une option entre les deux compétences. Sans doute, la Chambre des Requêtes, dans l'arrêt du 19 juin 1929 (2) avait-elle estimé que la soumission du contrat de transport par mer à la loi américaine valait renonciation à l'article 435 du Code de commerce français, mais il semble hypothétique de l'interpréter dans le sens d'une option possible entre la loi du lieu de destination et la loi du contrat. Au demeurant, en matière de transport maritime de marchandises, le problème ne se pose sans doute plus depuis la loi du 18 juin 1966. Les termes de l'article 16 alinéa 2 ne laissent, en effet, aucun choix au destinataire qui doit s'en tenir aux dispositions de la loi locale.

156. — En matière de vente, en revanche, la Cour de cassation semble avoir admis, dans un arrêt du 16 octobre 1962 (3), la possibilité de faire application de la loi du contrat. Sans doute, l'arrêt de la Cour d'appel est-il cassé, alors que celle-ci avait appliqué la loi italienne du contrat, mais non sur ce motif, mais parce qu'elle n'avait pas tenu compte des usages en vigueur en Italie dans le marché du tissu dont se prévalait l'une des parties.

La compétence possible de la loi du contrat apparaît plus nettement en Italie où la Cour de cassation (4) a limité la compétence de la loi du lieu de livraison au seul cas où elle accordait des *garanties équivalentes* à celles de la loi du contrat (5), la preuve de cette équivalence étant à la charge de celui qui se prévaut de procédures effectuées à l'étranger. La Convention de La Haye sur les conflits

(1) Il faut remarquer que la qualification « forme » aurait entraîné sans aucun doute la faculté de se référer à la loi du contrat, dans la mesure où la règle *locus regit actum* a un caractère facultatif.

(2) Req., 19 juin 1929, S., 1929.1.341.

(3) Com., 16 octobre 1962, *Bull. civ.*, III, n° 404, p. 330.

(4) Cass. italienne, 16 juin 1957, *Comp. Barrow Lane/Ditta Mondello Nestler*, *Riv. dir. int.*, 1958.458, *Rev. crit.*, 1962.294.

(5) Il est vrai qu'en l'occurrence, il ne s'agissait pas du délai de dénonciation des vices mais de l'efficacité d'une expertise effectuée par la Chambre de commerce de Londres. La Cour a décidé que celle-ci ne pouvait apporter la preuve des défauts de la marchandise motif pris de ce que la loi italienne exigeait le caractère contradictoire de ces expertises ou, à défaut, la garantie d'un organe juridictionnel, ce que n'était pas la Chambre de commerce en question. En raison de ces motifs, on peut se demander si la loi italienne n'est pas invoquée au nom de l'ordre public plus qu'au titre de loi applicable au contrat.

de lois en matière de vente semble également admettre la possibilité de se référer à la loi du contrat (1). Mais en réalité, il ne s'agit pas d'une option. Ce n'est que si les parties l'ont prévu à l'avance — à moins d'admettre un accord postérieur au contrat sur ce point — que l'acheteur pourra ou devra se conformer aux dispositions de la loi du contrat.

Il semble donc que la tendance la plus générale soit de soumettre les formalités de dénonciation des vices et les délais dans lesquels elles doivent être accomplies à la loi du lieu de livraison ou de destination de la marchandise. Ces formalités peuvent être liées au délai d'exercice de l'action en responsabilité elle-même, ce qu'il convient de voir maintenant.

C. — PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE.

157. — Bien que les problèmes posés par le rattachement de la prescription extinctive sur le plan international aient déjà été évoqués (2), quelques précisions relatives à la prescription de l'action en responsabilité contractuelle sont nécessaires ici, en raison des particularités qu'elle peut présenter. Sans doute, faut-il admettre que le délai d'exercice de l'action en responsabilité doit être fixé par la loi du contrat, le même délai devant être accordé au créancier qu'il s'agisse de l'exécution en nature du contrat, ou de son exécution par équivalent sous forme de dommages-intérêts (3). Si le principe en a été admis par la jurisprudence (4) on peut se demander s'il ne doit pas être remis en question dans deux cas particuliers.

Le premier est lié au problème étudié précédemment : c'est le cas où l'action en responsabilité est conditionnée par l'accomplissement de formalités dans un certain délai. Si l'on admet que ces formalités sont le plus souvent destinées à éviter la forclusion de l'action en responsabilité et doivent être soumises à la loi du lieu de destination ou de livraison, ne faut-il pas étendre le domaine d'application de cette loi au délai d'exercice de l'action elle-même, qui est généralement très court ? Un autre problème, dans un domaine très différent peut se poser, bien qu'il paraisse très théorique au premier abord : c'est le cas où le fait générateur de la responsabilité constitue une infraction

(1) V. les termes exacts de l'article 4 de la Convention, *supra*, n° 154.

(2) V. *supra*, n° 101 et s.

(3) Encore que le délai de prescription de l'action en responsabilité soit parfois plus court que celui des autres actions contractuelles ou varie selon la cause de la responsabilité.

(4) Par exemple, Chambéry, 14 décembre 1965, *Rev. crit.*, 1967.110, note Bourel (applique la loi française au contrat de transport de personnes et non la loi suisse du lieu de l'accident qui édictait un délai de prescription de 2 ans). V. autres décisions citées *infra*.

pénale. On peut se demander si la solidarité entre les actions civiles et pénales qui peut exister dans certains systèmes, peut jouer un rôle, et si, quel que soit le rattachement de ce type de règle, elle peut exercer une influence quelconque sur le délai de prescription découlant de la loi du contrat.

Ces deux questions seront étudiées successivement.

1. *Cas où l'accomplissement de formalités conditionne l'action en responsabilité contractuelle*

158. — Nous avons vu que la compétence de la loi du lieu de destination ou de livraison était très généralement admise pour déterminer les formalités de dénonciation des vices de la marchandise, ainsi que les délais dans lesquels elles devaient être accomplies (1). Ne faut-il pas aller plus loin dans ces cas, et reconnaître dans un souci de cohérence, la compétence de cette même loi pour fixer le délai d'exercice de l'action en responsabilité contractuelle fondée sur les défauts ou les pertes de la marchandise ? Cela paraît incontestable, lorsque les formalités sont destinées à éviter la forclusion de l'action, comme c'est le cas actuellement en droit français, en matière de transport terrestre de marchandises : il paraît, en effet, souhaitable que soient alors *coordonnés les délais imposés pour accomplir les protestations et pour exercer l'action* elle-même. La compétence de la loi du lieu de destination peut paraître également souhaitable, même si l'action en responsabilité n'est pas aussi dépendante de l'accomplissement de formalités (2), c'est-à-dire lorsque la forclusion rapide de l'action n'est pas liée directement au défaut de diligences du destinataire, comme c'est le cas en matière de transport maritime depuis 1936 en droit français et donc dans la loi de 1966.

159. — La Cour d'Aix, dans un arrêt du 20 février 1964 (3), a admis cette solution dans un cas où la sévérité du résultat aurait pu lui donner quelques hésitations. Mettant en relief le lien qui existait entre « les modalités de réclamation et leur corollaire, les fins de non-recevoir », la Cour a admis la forclusion de l'action en responsabilité du destinataire, par application de la loi marocaine du *lieu de destination*, qui impartit un délai de 90 jours (4), alors que la loi française applicable au contrat lui accordait le délai, nettement supérieur, de un an (5).

(1) V. *supra*, n^{os} 153 et s.

(2) V. *supra*, n^o 151.

(3) Aix, 20 février 1964, D.M.F., 1964.294, note Prodomides.

(4) Dahir marocain du 31 mars 1919.

(5) On a ici une illustration des motifs qui nous ont poussé à préconiser une compétence seulement facultative de la loi du lieu de livraison en matière de diligences (*supra*, n^{os} 155 et s.), la solution contraire étant très périlleuse pour la conservation des droits du destinataire. Mais cette remarque n'est pas

Mais la décision a été cassée par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 1968 (1) qui pose le principe de la compétence de la *loi du contrat* pour déterminer le délai d'exercice de l'action. Il est vrai qu'un arrêt moins récent du 7 juillet 1964 (2) avait également paru retenir la compétence de la loi du contrat, mais son interprétation était plus douteuse, car en l'espèce elle coïncidait avec la loi marocaine (3) du lieu de destination. Si la jurisprudence semble donc avoir, en définitive, opté en faveur de la loi du contrat, il n'en sera plus de même à l'avenir en matière de transport maritime, en raison des nouvelles dispositions de la loi du 18 juin 1966.

160. — En vertu de l'article 16 alinéa 3 de la loi du 18 juin 1966, en matière de transport maritime de marchandises (4), « *la prescription de l'action en justice est régie par la loi du tribunal devant lequel l'action est portée* ». On s'est étonné (5) de prime abord, qu'une telle règle fût adoptée, au moment où la compétence de la loi du contrat commençait à s'imposer dans le domaine des actions contractuelles (6). Il est vrai que la compétence de la *loi du for saisi*, en

contradictoire avec l'idée émise au début de ce paragraphe : ce qui nous paraît important, c'est d'appliquer la même loi aux diligences à accomplir et à la forclusion de l'action en responsabilité, que cette loi soit la loi du lieu de destination ou, à titre subsidiaire, celle du contrat.

(1) Com., 9 janvier 1968, *Clunet*, 1968.735, note Dayant ; J.C.P., 1969.II.15739, note Ph. Kahn ; *Rev. crit.*, 1969.487, note Jambu-Merlin.

(2) Com., 7 juillet 1964, *Bull. civ.*, III, p. 315, n° 358, D.M.F., 1964.597, note Lureau.

(3) La compagnie d'assurance demanderesse, subrogée dans les droits du destinataire, contestait la soumission du contrat à la loi marocaine, au motif que les parties ne pouvaient éluder les dispositions d'ordre public de la loi du 2 avril 1936. La Cour de cassation rejeta le pourvoi pour deux motifs : le pouvoir d'interprétation des juges du fond quant à la détermination de la loi applicable au contrat, l'absence de contrariété à l'ordre public français du délai de 90 jours de la loi marocaine.

(4) Aucune disposition semblable n'a été adoptée en matière de *contrat d'affrètement*, il semblerait donc que dans le silence du législateur, la loi du contrat d'affrètement détermine le délai de prescription de l'action en responsabilité contractuelle. Le problème est plus délicat à trancher en ce qui concerne le *contrat de transport de passagers* en raison de l'article 42 de la loi du 18 juin 1966 en vertu duquel « toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites du présent chapitre ». S'ensuit-il que le délai de 2 ans de l'article 41 de la loi de 1966 soit un délai minimum et maximum, quelle que soit la loi applicable au contrat ? A vrai dire, on ne peut attribuer une telle signification à ce texte, dont on voit mal comment il pourrait avoir une portée internationale, alors que la loi du 18 juin 1966 n'édicte aucune règle de conflit relative au contrat international de transport de passagers. On peut d'ailleurs s'interroger sur le silence du législateur, compte tenu du fait que des conflits de lois peuvent subsister en cette matière, en raison des limites d'application de la Convention de Bruxelles du 29 avril 1961, ratifiée par la France (D., 1^{er} juillet 1965, *J.O.*, 7 juillet 1965) (v. le texte de cette Convention, *in*, *Rev. crit.*, 1965.589 et D.M.F., 1961.396).

(5) JAMBU-MERLIN, *Rev. crit.*, 1966.729.

(6) V. cependant sur le caractère équivoque des solutions de la jurisprudence, *supra*, n°s 101 et s.

matière de prescription présente des inconvénients : tout d'abord, celui de lier la compétence législative aux hasards de la compétence judiciaire, avec tous les risques de fraude que cela comporte. Ensuite celui de morceler le régime de la responsabilité contractuelle : de même que la responsabilité contractuelle est liée à l'économie du contrat et doit être en principe soumise à un système juridique unique — la loi du contrat —, de même « la physionomie » de la responsabilité contractuelle peut être tributaire du délai dans lequel est enfermé l'exercice de l'action destinée à la mettre en œuvre, et la disparité des compétences peut paraître dès lors inacceptable. Mais ces critiques ne sont pas fondées, en l'espèce. Il faut, en effet, reconnaître un mérite à la règle édictée par l'article 16 alinéa 3, celui de pouvoir conduire à l'application d'une *même loi* aux diligences extrajudiciaires et à la prescription de l'action en responsabilité, et donc d'aboutir à la coordination des délais imposés pour marchandise sera saisi.

L'exemple est ici frappant de l'intérêt qu'il y a à adopter des règles, même contraires aux principes, lorsqu'elles sont destinées à résoudre des problèmes particuliers (1), ce qui est bien le cas du délai de prescription de l'action en responsabilité, lorsque l'exercice de celle-ci est conditionné à un degré plus ou moins fort, par l'accomplissement de formalités — déchéance ou simple facilité de preuve.

161. — Au contraire, l'abandon des principes qui résultent de la thèse récemment soutenue par un auteur allemand (2) ne paraît pas justifié. Prenant pour point de départ les données d'un arrêt de la Cour fédérale d'Allemagne rendu le 14 février 1958 (3), celui-ci, afin de remédier aux difficultés de coordination des délais de réclamation et de prescription, suggère une solution originale à laquelle il est difficile d'adhérer.

Rappelons auparavant les éléments fort complexes de l'espèce. Il s'agissait d'une vente passée entre un vendeur allemand et un acheteur italien. L'acheteur, qui avait déjà acquitté le prix de vente,

(1) On comprend dès lors, pourquoi le législateur de 1966 n'a retenu la compétence de la *lex fori* qu'en matière de contrat de transport maritime de marchandises et non en matière de contrat d'affrètement. Dans le premier type de contrat, l'objet principal du contrat est la marchandise transportée, laquelle soulève des problèmes caractéristiques. Dans le second type de contrat, l'objet principal est le navire affrété et, il n'y a alors aucune raison de ne pas soumettre la prescription de l'action en responsabilité contractuelle à la loi du contrat d'affrètement — en l'occurrence, la loi du pavillon, sauf convention contraire des parties (art. 3, loi 18 juin 1966).

(2) HARTWEIG, *Der Renvoi im deutschen internationalen Vertragsrecht*, Berlin 1967.172 (compte rendu MEZGER, *Clunet*, 1968.500).

(3) Cour féd. Rép. féd. d'Allemagne, 14 février 1958, *Rev. crit.*, 1958.542, note Mezger.

exerçait l'action redhibitoire pour vice de la chose vendue, et demandait la restitution du prix. Le vendeur soutenait que l'action était prescrite en vertu du droit allemand, qui édicte une prescription de six mois (477 BGB). Au contraire, l'acheteur se prévalait du délai de prescription d'un an édicté par le droit italien (1495 C. civ. italien), alors qu'il s'était conformé aux dispositions du droit italien relatives à l'obligation de dénoncer les vices de la chose dans les huit jours de la livraison. La Cour fédérale rejeta l'action de l'acheteur par application de la *loi allemande*, dont la compétence est justifiée par un raisonnement complexe, mais qui laisse apparaître le principe de la compétence de la loi du contrat, en matière d'action redhibitoire. Le point de départ de la recherche de la Cour fédérale, comme celui de l'instance d'appel, est en effet la détermination de la loi applicable au contrat de vente. Faute d'avoir pu dégager la volonté implicite ou hypothétique des parties, la Cour a recours à la règle subsidiaire du droit international privé allemand, selon laquelle chaque obligation est soumise à la loi du lieu de son exécution. Rattachant l'action redhibitoire à l'obligation de l'acheteur de payer le prix (1), la Cour en déduit dans un premier temps la compétence de la loi du domicile de l'acheteur (2), c'est-à-dire la *loi italienne*. Mais en définitive, la compétence de la loi *allemande* est retenue, par l'effet du *renvoi* de la loi italienne désignée, à la loi du lieu de conclusion (art. 25 Dispositions Préliminaires) (3).

Nous ne nous attarderons pas sur la légitimité du renvoi en matière contractuelle (4), encore que l'on y ait vu un remède au morcellement du contrat. M. Hartweig (5) cependant, prenant en considération la complexité de la solution, préconise son abandon lorsqu'on se trouve, comme en l'espèce, dans une situation d'équilibre, qui empêche de rattacher le rapport juridique à une loi plutôt qu'à une autre, faute d'éléments prépondérants de localisation. Selon l'auteur, il conviendrait dans ce cas d'adapter et de combiner

(1) La Cour adopte cette solution, bien qu'en définitive la restitution du prix incombe au vendeur, et doive en conséquence être rattachée à la loi du lieu d'exécution de l'obligation du vendeur (loi allemande), au motif que la loi applicable ne doit pas dépendre du fait contingent que le prix d'achat a été réglé ou non (*Rev. crit.*, 1958.545).

(2) Il faut remarquer que la Cour se réfère au droit allemand pour déterminer le lieu d'exécution des obligations de l'acheteur, alors que normalement cette question relève de la loi du contrat.

(3) L'acheteur invoquait deux arguments pour écarter l'admission du renvoi en l'espèce : le premier était que le renvoi était impossible, car la loi italienne ne l'admettait pas ; le second était que le droit allemand, lui-même s'y opposait, car il avait pour effet de violer la règle de conflit allemande donnant compétence à la loi du lieu d'exécution de chaque obligation.

(4) V. notamment les critiques formulées par RAAPE, « Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959.1013 et s.

(5) HARTWIG, *Der Renvoi im deutschen internationalen Vertragsrecht*, Berlin, 1967, 172 p.

les règles de fond en concurrence. En l'espèce, dit-il (1), *il fallait combiner les règles des lois allemande et italienne* relatives à la prescription de l'action redhibitoire, et admettre que, la dénonciation des vices de la marchandise dans les 8 jours de la réception conformément à la loi italienne, avait eu pour effet d'interrompre le délai de prescription de 6 mois de la loi allemande.

Le résultat est évidemment équitable dans la mesure où on évite ainsi la forclusion de l'action de l'acheteur, qui s'était conformé à la loi italienne pour dénoncer les vices de la marchandise et qui pouvait légitimement compter sur le délai d'un an de prescription de l'action, édicté par cette même loi. Mais sur le plan des principes, la solution nous paraît tout à fait contraire à la notion même de droit positif. Quel fondement et quelle autorité peut avoir une telle combinaison de dispositions issues de lois différentes ? C'est en définitive rejeter du domaine légal, les rapports internationaux. Les critiques généralement admises au morcellement du contrat sont valables encore ici.

2. *Cas où le fait générateur de la responsabilité contractuelle constitue une infraction pénale*

162. — D'un tout autre ordre est le problème qui va nous occuper maintenant. Son absence d'intérêt pratique par rapport à celui que nous venons de voir pourrait nous conduire à l'écarter. Mais, ce n'est peut-être qu'apparence, en tout cas son aspect théorique ne manque pas d'attrait. Il s'agit de l'éventuelle influence du délai de prescription pénale sur le délai de prescription de l'action en responsabilité, lorsque le fait générateur de la responsabilité contractuelle constitue une infraction pénale (2). On peut se demander si, dans ce cas le principe de la détermination du délai de prescription de l'action en responsabilité contractuelle par la loi du contrat, ne doit pas également être remis en cause,

163. — Il se peut, en effet, que la loi applicable au contrat lie la prescription de l'*action en responsabilité contractuelle* à celle de l'*action publique* (3). Le juge français admettrait-il alors que soit abrégé ou même allongé, le délai de prescription de l'action civile par suite

(1) *Op. cit.*, p. 155 et s.

(2) Le problème peut se présenter à propos d'un grand nombre de contrats : décès de la personne transportée dans le contrat de transport, détournement de l'objet déposé ou prêté, etc... On peut s'étonner que la jurisprudence n'ait jamais eu à intervenir dans ces matières sur le plan international.

(3) Le cas, à vrai dire, sera rare. La solidarité de l'action civile et de l'action pénale est une règle très contestée et peu admise à l'étranger. Elle est ignorée, par exemple, en Allemagne, en Angleterre, en Belgique. En ce qui concerne la France, v. la note suivante et le n° 164.

de la prescription de l'action publique, en vertu de la loi étrangère du contrat ? Même si l'on tient pour établi le principe selon lequel en droit français, la *solidarité* ne jouerait pas en matière contractuelle (1), par opposition aux obligations délictuelles, cette solution ne semble pas heurter l'ordre public français. Pas plus que la solidarité des actions en matière délictuelle n'a été reconnue d'ordre public international par la jurisprudence (2), pas plus l'autonomie de ces actions en matière de responsabilité contractuelle ne saurait l'être. Mais il semble que le caractère procédural d'une telle règle, ses liens avec le droit pénal s'opposent à son application par un juge étranger. La solution peut paraître choquante, si l'on remarque qu'on peut admettre ainsi en France une action en responsabilité qu'il serait impossible d'intenter devant un tribunal du pays dont la loi régit le contrat. Mais, n'est-il pas plus choquant de faire jouer devant un for étranger — le for français en l'espèce — une règle dont l'application ne se conçoit que dans le pays qui l'a édictée ? Etant, en effet, liée à l'exercice, tout au moins à la faculté d'exercer l'action publique, la règle ne paraît pas devoir jouer lorsque l'exercice de l'action publique est impossible, c'est-à-dire devant un for étranger par rapport au lieu où se sont déroulés les actes délictueux constitutifs de l'infraction. Il semble donc que, dans la mesure où l'action publique ne peut être exercée en France, la solidarité des délais de prescription des actions civile et publique qui serait édictée par une loi étrangère, ne puisse être prise en considération par le juge français, et qu'il faille en revenir aux délais de prescription de droit commun de la loi contractuelle.

164. — Le problème peut être évoqué sous un autre angle, si l'on part non plus du contenu de la loi étrangère, mais de la teneur du droit français. La solidarité des actions civile et publique en matière contractuelle semble devoir être admise chaque fois que la responsabilité n'est pas fondée sur l'inexécution d'une obligation déterminée (3) ; celle-ci étant d'ailleurs limitée, en raison du nouvel

(1) Pour le rejet de la solidarité des deux actions en matière de responsabilité contractuelle, v. Civ. 9 janvier 1928, S., 1928.1.127, *Gaz. Pal.*, 1928.1.408 ; Civ., 20 mai 1936, D., 1936.1.88 rapp. Jossierand, concl. Matter, note E.P., S., 1937.1.321, note Breton. On peut même voir une illustration récente de cette position dans un arrêt de la Chambre criminelle du 17 mai 1966 (D., 1966.518, note Chauveau) qui, pour retenir la solidarité des actions dénie à l'action civile le caractère d'action contractuelle, alors qu'elle l'était manifestement (v. *infra*, note 1 p. 138). Cf. CHASSERIAUX « La prescription de l'action née d'une infraction commise à l'occasion de l'exécution d'un contrat » *Rev. sc. crim.*, 1966.779.

(2) Colmar, 12 février 1936, *Rev. crim.*, 1936.695. V. également Bourel, thèse préc., p. 250.

(3) H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, n° 614. C'est en effet seulement dans le cas où il y a inexécution d'une obligation déterminée que la faute n'a pas à être prouvée, et que par voie de conséquence, l'infraction n'est pas néces-

article 10 du Code de procédure pénale, au seul cas où le délai de prescription de l'action en responsabilité civile est plus long que celui de l'action publique (1). Si l'on admet qu'il s'agit là d'une *règle de procédure française*, on peut estimer qu'elle s'appliquera indépendamment du contenu de la loi du contrat. Ainsi, lorsque l'infraction est punissable en France (2), c'est-à-dire si le délit a été commis en France ou par un Français à l'étranger (3), le délai de prescription de l'action publique de la loi française pourrait abrégier le délai de prescription de l'action civile, fixé par la loi étrangère du contrat. Dans ce cas, on voit donc que la prescription de l'action en responsabilité contractuelle pourrait ne pas dépendre en définitive de la loi du contrat.

165. — Il apparaît, en définitive, que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle ne dépendent pas toujours de la loi du contrat. Néanmoins, lorsque ces conditions sont réunies, la responsabilité contractuelle du débiteur (4) devrait en résulter avec les effets qu'elle entraîne. Mais ici encore, l'affirmation de la compétence de la loi du contrat s'avère le plus souvent illusoire.

sairement constatée. Le même raisonnement conduirait d'ailleurs à écarter la solidarité en matière délictuelle lorsqu'il n'y a pas de faute à prouver, comme dans la responsabilité du fait des choses.

(1) L'article 637 du Code d'Instruction criminelle conduisait en effet à unifier les délais de prescription civile et pénale, mais depuis 1958, l'article 10 du Code de procédure pénale empêche simplement l'exercice de l'action civile lorsque l'action publique est prescrite. Cependant, la Chambre criminelle dans un arrêt du 17 mai 1966 (D., 1966.518, note Chauveau) en matière de transport aérien, a admis que l'action en responsabilité de la victime d'un accident d'aviation, contre le transporteur pouvait être intentée pendant 3 ans, alors que le délai de prescription édictée par la Convention de Varsovie à laquelle renvoie la loi de 1957 est de 2 ans, solution contestable qui a pour effet d'écarter les courtes prescriptions contractuelles qui répondent à des nécessités précises. Deux arrêts plus récents sont revenus à une solution plus juste : la prescription de 2 ans de l'action civile joue même si le délai d'exercice de l'action publique est plus long (Paris, 19 décembre 1967 et Dijon, 21 décembre 1967, J.C.P., 1968.II.15486, note Chauveau).

(2) C'est probablement parce que l'infraction n'était pas punissable en France, que la Cour de Colmar (12 février 1936, *Rev. crit.*, 1936.695) a écarté la solidarité qui résultait de la loi française, en matière délictuelle.

(3) Article 689, Code de procédure pénale.

(4) On peut se demander ce qu'il advient du problème du *cumul de responsabilités* sur le plan international, lorsque les conditions de la responsabilité délictuelle sont également réunies (Contrairement au droit français, le cumul est admis en droit allemand et suisse). La difficulté vient principalement de ce que les responsabilités délictuelle et contractuelle ne sont pas soumises à une même loi (v. *supra*, n° 129 et n° 135). On peut songer à demander à la *loi contractuelle* si elle admet une option, ou au contraire, voir si la *lex loci delicti* permet de se placer sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Pour cette dernière solution, BOUREL, *Les obligations extra-contractuelles en droit international privé*, p. 150, qui se demande s'il ne s'agit pas d'une question préalable. Mais en réalité, prendre pour point de départ l'une ou l'autre de ces lois est déjà prendre parti. Aussi, M. Bourel propose-t-il plus récemment (*Rev. crit.*, 1967.118) d'admettre le cumul

§ 3. — Les effets de la responsabilité contractuelle : le droit à réparation

166. — Bien que le droit à réparation du préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution du contrat ait pour but de conduire à l'exécution *par équivalent* du contrat, généralement sous forme de dommages-intérêts, et qu'en conséquence, la loi applicable à l'exécution en nature doive s'y appliquer également, la loi du contrat n'intervient que faiblement. Non pas que la thèse selon laquelle la réparation de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat relèverait de la loi du *lieu où le préjudice est subi* (1), ait reçu quelque application, en Europe du moins (2), car aux Etats-Unis, la solution a été parfois retenue (3), mais la *lex fori*, quoique pour des motifs différents, paraît s'immiscer dans le règlement de la responsabilité contractuelle, qu'il s'agisse de *l'étendue du droit à réparation* (A) ou du *mode de réparation* (B), du moins en ce qui concerne la fixation de dommages-intérêts.

lorsque les deux lois contractuelle et délictuelle en reconnaissent le principe. Mais il paraît peu probable que le juge français retienne une telle méthode. Il faut bien reconnaître d'ailleurs qu'aucune solution ne peut être totalement satisfaisante. Il semble cependant préférable de s'adresser à la *lex fori*, afin de savoir si une option est possible bien que le problème ne soit pas exactement un problème de qualification (V. Mulhouse 2 mai 1950, *Rev. crit.*, 1951.153, note Niboyet). RABEL, t. II, p. 290, retient cette solution : pour lui l'option entre les deux actions serait une question de procédure relative à la recevabilité des deux actions.

(1) Cette loi serait en effet compétente si l'on se référait à la distinction faite par Foelix, après Bartole, des suites et des effets du contrat (v. *supra*, note 6, p. 104). La solution a été préconisée récemment sur d'autres fondements par M. BOUREL (*Rev. crit.*, 1967.119, note sous Chambéry, 14 décembre 1965). Pour l'auteur, il s'agirait d'éviter d'appliquer la loi étrangère du contrat, alors que celle-ci considère la responsabilité en cause comme une responsabilité extra-contractuelle (v. *supra*, n° 129). Il faut cependant remarquer que par ailleurs, M. Bourel propose un système de rattachement proche du système de localisation du contrat (*supra*, n° 135).

(2) La loi du lieu de l'accident survenu au cours d'un contrat de transport a notamment été écartée par la Cour suprême de Norvège, 5 mars 1967, *Clunet*, 1960.523, note Hambro.

(3) V. sur ces solutions, la critique de EHRENZWEIG « Contracts in the Conflict of Laws » *Columbia Law Rev.*, 1959.vol. 59, p. 1171-1190, sp. 1179 et s. Assez curieusement on assiste récemment à un phénomène inverse de dissociation des conditions et des effets de la responsabilité, en matière délictuelle. Les conditions de celle-ci seraient soumises à la loi du lieu du délit, alors que le droit à réparation et son montant seraient déterminés par la loi qui a le plus de contact avec le litige, c'est-à-dire en définitive la loi qui régit le contrat. C'est manifeste dans l'arrêt *Kilberg/Northeast Airlines* 9 N.Y. 2d. 34, qui applique la loi de New York où a été passé le contrat entre la victime et la compagnie aérienne et non la loi du lieu de l'accident qui limitait le montant de la réparation. V. également *Babcock/Jackson*, Cour suprême de N.Y. 9 mai 1963, *Rev. crit.*, 1964.284, note Castel (sur ces arrêts, v. *supra*, n° 135).

A. — L'ÉTENDUE DU DROIT A RÉPARATION.

167. — Il ne semble pas que la jurisprudence fasse appel à la loi du contrat lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue du droit à réparation du créancier en matière contractuelle, notamment en ce qui concerne les éléments réparables du préjudice (1) — préjudice prévisible ou imprévisible, préjudice direct ou indirect (2), préjudice matériel ou moral. Il est, en effet, assez curieux de constater que le problème ne s'est jamais posé sous cet angle dans les espèces où il est question de responsabilité contractuelle sur le plan international, du moins à notre connaissance. C'est d'autant plus curieux que le phénomène inverse apparaît en matière de responsabilité extra-contractuelle (3). Faut-il en trouver la raison, dans le fait que les parties n'ont jamais invoqué les dispositions de la loi étrangère du contrat, ou bien, dans une identité parfaite dans toutes les législations des principes de réparation en matière de responsabilité contractuelle — ce qui est assez peu vraisemblable. Ou bien encore, est-ce parce que les conceptions françaises en cette matière, prévalent quelle que soit la teneur de la loi du contrat, parce que d'une valeur fondamentale (4) ? On pourrait alors s'étonner de la position contraire adoptée en matière de responsabilité délictuelle.

168. — Cependant, les seuls indices de solutions que nous ayons, quant à la loi compétente pour déterminer l'étendue du droit à

(1) Nous nous plaçons ici du point de vue du droit français où l'étendue du droit à réparation dépend du *préjudice subi*, mais on peut concevoir que dans d'autres systèmes, elle soit liée à l'importance de la *faute* commise par le débiteur.

(2) V., en Angleterre, l'application de la loi du contrat à la réparation du préjudice indirect *J. d'Almeida Aranzo Ld.* Queen's Bench Division 12 mai 1953 (1953) 2 Q.B. 329, *Clunet*, 1961.1151, note Lipstein. — V., d'une manière générale en ce qui concerne l'étendue de la responsabilité contractuelle *Metliss/National Bank of Greece and Athens Sa*, Cour d'appel 25 mars 1957 (1957) 2 Q.B. 33, Chambre des Lords 25 nov. 1957 (1958) AC. 509 *Clunet*, 1961.1163, note Lipstein.

(3) V., par exemple, pour l'application de la loi délictuelle quant à la possibilité de réparer le *dommage moral*, Civ., 1^{re} 30 mai 1967, D., 1967.629, note Malaurie, J.C.P., 1968.II.15456, note Mme MAYER-JACK, *Rev. crit.*, 1967.728, note Bourel, *Clunet*, 1967.622, obs. B.G. et sur renvoi Orléans, 8 juillet 1968, *Clunet*, 1969.408, obs. B.G. Il faut cependant noter que la Cour de Paris, à la suite du Tribunal de la Seine, avait admis que le principe français de la réparation du préjudice moral en matière délictuelle était *d'ordre public*, et que l'application d'une loi étrangère était inconcevable (Paris, 20 octobre 1963, *Clunet*, 1964.104, obs. B.G.; *Rev. crit.*, 1964.322 note P.L., Seine, 20 novembre 1962, *Rev. crit.* 1964.111, note Bourel). — Pour la critique du procédé, v. *infra*, n° 245. — *Adde*, en faveur de la loi délictuelle, Paris, 10 octobre 1969, *Clunet*, 1970.953, obs. Dayant, et sur pourvoi, Civ., 1^{re} 6 janvier 1971, inédit.

(4) On pourrait par exemple penser que la réparation du préjudice indirect subi par un contractant, en vertu d'une loi étrangère est impossible, alors que l'article 1151 du Code civil français l'interdit même lorsque l'inexécution résulte du dol du débiteur.

réparation en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat, montrent que la *loi française* a été retenue à un titre ou à un autre. C'est le cas des décisions relatives à la limitation légale de responsabilité du transporteur maritime de marchandises et au sort réservé aux clauses limitant à un certain montant la responsabilité de ce transporteur. En effet, à l'égard de la limitation légale de responsabilité, la compétence de la loi du contrat a été retenue, mais après qu'il eût été décidé que la loi française régissait ces contrats (1) et, sans que ce rattachement fût sérieusement fondé. Quant aux clauses de responsabilité, la jurisprudence a fait également intervenir la loi française, soit en les annulant par application de la loi française applicable au contrat (2), soit en refusant de leur donner effet par référence à l'ordre public français (3), quelle qu'en ait été la valeur au regard de la loi du contrat (4).

Cette conception est-elle limitée au transport maritime et tient-elle au caractère impératif reconnu même sur le plan international à la loi de 1936, ou, faut-il conclure que seul, le droit français a vocation à fixer l'étendue de la réparation due au créancier en matière de responsabilité contractuelle ?

169. — La réponse à cette dernière question doit certainement être négative. Si la *lex fori* doit intervenir, ce ne peut être qu'au nom de l'ordre public pour écarter la loi du contrat, particulièrement injuste qui refuserait au créancier toute réparation ou qui amènerait une réparation dérisoire, sans commune mesure avec les aléas du contrat (5). En effet, l'étendue du droit à réparation est tributaire de l'économie du contrat et l'on conçoit la nécessité de la soumettre à la loi applicable au contrat. Celle-ci doit déterminer les *éléments réparables du préjudice* et fixer les *limites de la réparation*, que celles-ci résultent de la loi ou de la volonté des parties, c'est-à-dire lorsque les parties ont stipulé une clause limitative de responsabilité ou

(1) Cass. (Co. et fi.), 7 juillet 1954, *Rev. crit.*, 1955.129, note Jambu-Merlin, J.C.P., 1955.II.8465, note de Juglart, Cass., 14 octobre 1957, *Rev. crit.*, 1957.684, note Mezger, D., 1958.333, note Jambu-Merlin ; Cour de Rouen, 18 février 1966, *Rev. crit.*, 1966.279, note Jambu-Merlin. C'est encore la loi française qui est retenue par un arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1968, sans même soulever le problème de conflit de lois qui pouvait se poser en l'espèce, pour décider que la limitation de responsabilité du transporteur ne joue pas au profit de l'acconier. *Gaz. Pal.*, 1968, n° 213 à 215.

(2) V. les décisions citées, *supra*, note 1, p. 48.

(3) Cass., 21 février 1950, *Rev. crit.*, 1950.427, note Delaume, D., 1950.557, note Ripert.

(4) On ne peut que regretter cette intervention de l'ordre public, alors que la loi normalement compétente n'est même pas déterminée et qu'*a fortiori*, sa teneur n'est pas connue.

(5) Remarquons qu'en matière délictuelle, l'étendue de la réparation de la loi française ne constitue pas un minimum, malgré la tendance récente des juridictions inférieures à faire intervenir l'ordre public. Cf. sur ce point, BOUREL, *Rev. crit.*, 1967.732.

encore une clause pénale (1). En revanche, en ce qui concerne le mode de réparation, la compétence de la loi du contrat ne s'impose pas de la même manière.

B. — LE MODE DE RÉPARATION.

170. — La réparation du préjudice subi se fera le plus souvent par une attribution de dommages-intérêts, mais il peut exister des modes de réparation particuliers, tels par exemple, celui qui était prévu par l'ancien article 216 du Code de commerce français. Pour des raisons différentes, la compétence de la loi du contrat ne semble pas être retenue.

1. *L'attribution de dommages-intérêts*

171. Il semblerait que la compétence de la loi du contrat dût être retenue quant à la fixation de dommages-intérêts *compensatoires* (2), dans la mesure où l'attribution de dommages-intérêts a pour objet de constituer une exécution par équivalent du contrat (3) et, dans la mesure où le montant des dommages-intérêts dépend étroitement de l'étendue du droit à réparation. C'est effectivement ce que l'on admet généralement (4). Cependant aussi logique que soit ce principe, il ne correspond pas à la notion réelle de fixation de dommages-intérêts, qui est une question de *fait* (5); en conséquence, la soumission de celle-ci à une loi déterminée s'avère illusoire.

172. — Ceci apparaît d'ailleurs dans la jurisprudence française qui pour fixer le montant des dommages-intérêts ne fait nullement appel à la loi applicable au contrat, mais prend en considération

(1) La validité de la clause pénale s'apprécie selon la loi du contrat. Bien que son caractère forfaitaire conduise parfois à une réparation supérieure au préjudice subi et lui confère ainsi la nature de *peine privée*, l'application d'une loi étrangère qui la validerait n'est pas impossible (v. aux Etats-Unis l'arrêt de la Cour suprême de 1892 *Hunlington/Attrill* 146 U.S. 657). Mais la clause pénale peut également conduire à une réparation insuffisante du préjudice : de la loi du contrat dépend alors la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts supplémentaires. Selon M. NIAL : « Les clauses pénales dans les contrats de vente internationaux », *Etudes Julliot de la Morandière* 1964 (Dalloz), p. 417 et s., l'ordre public devrait intervenir chaque fois que l'application de la loi étrangère ne permet pas au créancier d'obtenir une juste réparation (*op. cit.*, p. 420).

(2) V. (*supra*, n° 142) les solutions admises en matière de dommages-intérêts *moratoires* et la confusion faite avec le droit à réparation au cas de retard dans l'exécution.

(3) BATIFFOL, *Contrats*, n° 501.

(4) BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 607.

(5) BATIFFOL, *Contrats*, n° 501.

le but que doit atteindre la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle à savoir une certaine *équivalence* entre la réparation du dommage et l'exécution en nature du contrat. Pour cette raison, la jurisprudence fixe généralement le montant des dommages-intérêts en monnaie étrangère (1). La Cour de Paris, par exemple, a tenu compte de la localisation aux Etats-Unis de l'activité du créancier, pour condamner un commerçant français à verser des dommages-intérêts évalués en dollars (2).

Mais il ne s'agit que d'une monnaie de compte, les dommages-intérêts étant par la suite *convertis* en francs français (3), *au jour du paiement effectif* (4), comme d'ailleurs en matière de dommages-intérêts d'origine délictuelle (5). On a objecté cependant, en matière de contrat (6), que cette date de conversion allait à l'encontre de l'article 1151 du Code civil français, en vertu duquel seul le préjudice direct peut être réparé (7). Cette solution peut, en effet, conduire à réparer le *préjudice indirect*, en cas d'augmentation du taux de change. L'objection a été rejetée par la Chambre des Requêtes, semble-t-il, par une pétition de principe « ... la Cour d'appel loin de faire appel à un élément étranger à la faute génératrice du dommage n'a fait qu'assurer à la victime, comme elle le devait, le

(1) Req., 3 mai 1946, S., 1951.1.33, note Plaisant ; Cass., 5 févr. 1957, *Rev. trim. dr. civ.*, 1957.538, obs. Mazeaud, D., 1957.232 ; Cass., 4 déc. 1957 D.M.F., 1958.148, Paris, 26 oct. 1951, 16 mai 1952, 20 oct. 1952, *Rev. crit.*, 1956.376, note Loussouarn, Trib. com. Marseille, 6 déc. 1955, D.M.F., 1956.618, Montpellier, 14 déc. 1951, D.M.F., 1952.256. — Cf. les discussions au Congrès l'International Law Association, Hambourg (1960). — On retrouve en *matière délictuelle* ce souci d'assurer une réparation du dommage plus adéquate par l'attribution de dommages-intérêts évalués en monnaie étrangère (v. particulièrement, Paris, 29 mars 1957, *Rev. crit.*, 1960.55, note Mezger). — V. cependant la restriction faite par la Cour de Besançon, 14 mai 1959 (*Rev. crit.*, 1960.67, note Y.L.), selon laquelle les juridictions françaises ne pourraient prononcer des condamnations en devises étrangères contre un débiteur domicilié en France (*Rev. crit.*, 1960.69). Mais il est douteux que cette solution se maintienne et, surtout, qu'elle soit transposée en matière de responsabilité contractuelle, (v. Crim., 7 juillet 1966, *Rev. trim. dr. civ.*, 1967.179, n° 23).

(2) Paris, 16 mai 1952, *Rev. crit.*, 1953.376, note Loussouarn. — V. également Paris, 20 octobre 1952 et Paris, 26 octobre 1951, mêmes références.

(3) Sur le caractère obligatoire ou facultatif de la conversion en monnaie française, v. MEZGER, *Rev. crit.*, 1960.61. Notons que la conversion est obligatoire en matière délictuelle, Besançon 14 mai 1959, *Rev. crit.*, 1960.67.

(4) V. les décisions citées *supra*, note 1. Cette solution a été retenue au Congrès de l'International Law Association de Dubrovnik de 1956, 47th Conf. Report 296. V. également les travaux du Congrès de Hambourg de 1960.

(5) V. Besançon 14 mai 1959, *Rev. crit.*, 1960.67 Y.L., Paris, 25 mai 1957, *Rev. crit.*, 1960.55, note Mezger, Crim. 8 janvier 1959, *Rev. crit.*, 1960.55, note Mezger, *Clunet*, 1960.478. *Adde* la note Mezger, *Rev. crit.*, 1960.55.

(6) Cf. le pourvoi soutenu devant la Chambre des Requêtes, 3 mai 1946, *Rev. crit.*, 1952.76, S., 1951.1.33, note Plaisant.

(7) Cette objection laisserait supposer que la responsabilité contractuelle est régie par la loi française, mais nous avons vu que les *conceptions du for* sur les éléments réparables du préjudice semblaient prévaloir même lorsque le contrat est soumis à une loi étrangère.

dédommagement au jour du paiement, du préjudice que cette faute lui avait causé, et qu'elle avait souverainement évalué » (1). Mais il faut surtout remarquer que le risque du change peut également être défavorable au créancier (2), auquel cas il n'y a guère réparation du préjudice indirect. Dans ce cas, la jurisprudence refuse d'accorder au créancier des dommages-intérêts compensatoires, pour le préjudice subi du fait de la dépréciation monétaire (3). Au demeurant, le choix de la date de conversion semble être laissée à l'initiative des juges du fond (4). Ceci montre à quel point, la fixation de dommages-intérêts dépend de la *lex fori* (5) et non de la loi du contrat. Celle-ci ne paraît pas davantage être retenue lorsqu'il s'agit de modes de réparation très particuliers, tel celui de l'ancien article 216 du Code du commerce.

2. Autres modes de réparation

173. — L'article 216 du Code de commerce, récemment abrogé (6), permettait au propriétaire du navire, responsable des obligations contractées par son capitaine, de s'en affranchir par l'abandon du navire. Un tel mode de réparation ne semble pas, du fait de sa particularité, devoir dépendre de la loi applicable au contrat, ce que paraît confirmer un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1960 (7). Il s'agissait en l'espèce, d'un contrat de livraison de gas-oil à destination de Gênes, passé entre le capitaine d'un navire et une société pétrolière anglaise. La cargaison ne fut pas livrée, le navire ayant été par suite d'événements de mer remorqué à Marseille. Le propriétaire du navire, pour se décharger de sa responsabilité, invoquait la faculté d'abandon du navire prévue par

(1) Req. 3 mai 1946, *Rev. crit.*, 1952.767, S., 1951.1.33, note Plaisant.

(2) M. Plaisant (note S., 1951.1.33) fait d'ailleurs remarquer que la jurisprudence cherche toujours la solution la plus favorable à la victime.

(3) Le créancier peut alors seulement obtenir des dommages-intérêts moratoires, Strasbourg, 28 janvier 1929, *Clunet*, 1929.1131, note Nast.

(4) V. les motifs de l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 février 1964, *Bull. civ.*, III, p. 49, n° 57.

(5) La même solution apparaît dans la jurisprudence anglaise qui distingue l'étendue du droit à réparation (*remotness of damage*) soumise à la loi du contrat, du montant des dommages-intérêts (*quantification*), régie par la *lex fori*, compétente en matière procédurale (V. notamment *J. d'Almeida Ltd/Sir Frederick Becker*... Q.B.D., 12 mai 1963, *Int and Comp. Law Q.* 1954.510, *Clunet*, 1961.1151, note Lipstein). — Les tribunaux américains qui avaient également adopté cette distinction, l'ont par la suite abandonnée (V. STUMBERG, *Principales of Conflict of Laws*, 3^e éd., 1963, p. 265). Cf. les critiques de cette qualification procédurale par EHRENZWEIG « Contracts in the Conflict of Laws » *Columbia Law Rev.*, 1959, vol. 59.1171 et s., sp., 1182 et s. *Contra Dicey, Conflict of laws*, 1958, 7^e éd., 1802. 872, 1090-1092.

(6) Loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer, *J.O.*, 4 janvier 1967, p. 106, *Rev. crit.*, 1967.188.

(7) Cass. 9 nov. 1960, *Clunet*, 1961.774, obs. Sialleli, *Bull. civ.*, I, n° 484, p. 396.

la loi française. La Cour d'appel d'Aix le lui avait refusé au nom de la loi italienne applicable au contrat, qui n'admet pas ce mode de réparation (1). L'arrêt est censuré par la Cour de cassation, au motif qu'il s'était borné à appliquer la loi italienne « sans rechercher si la faculté d'abandon suscitait ou non un conflit de lois indépendant ». La Cour ne dit certes pas que ce mode de réparation ne dépend pas de la loi du contrat inexécuté mais le laisse entendre. Et effectivement, le caractère très particulier de ce mode de réparation ne présente aucun lien avec le contrat passé par le capitaine, alors qu'au contraire il est fortement dépendant du *statut du navire*. Aussi conçoit-on fort bien qu'il soit rattaché sur le plan international non pas à la loi du contrat, mais à la loi du navire.

174. — Il apparaît, en définitive, que la compétence de la loi du contrat est loin d'être générale en ce qui concerne les conséquences de l'inexécution du contrat, comme d'ailleurs, en ce qui concerne la multitude des matières regroupées sous le terme d'*effets du contrat*. Mais en réalité, il ne semble pas qu'on puisse parler d'une véritable atteinte à l'unité du contrat ; ce morcellement apparent n'est le plus souvent nullement choquant. En effet, dans certains cas, la similitude probable des législations rend entièrement théorique l'affirmation de la compétence de la loi du contrat. Et, effectivement, la communauté des principes relatifs à la notion de contrat est une caractéristique de la matière. Cette remarque ne doit sans doute pas être exagérée, car nous avons pu le constater, il existe néanmoins des divergences dans la réglementation des contrats en droit comparé. C'est pourquoi il convient d'admettre que lorsqu'une solution précise doit être donnée, c'est généralement dans un souci de logique, à la loi applicable au contrat dans son ensemble qu'il faut se référer. Cependant, certaines matières rattachées à la notion d'effets du contrat ont une certaine spécificité et, des considérations particulières, le plus souvent d'ailleurs des considérations pratiques, conduisent à admettre la compétence d'autres lois. Ce qui, en définitive, sous l'apparence d'un morcellement du contrat, permet une meilleure réglementation des relations contractuelles internationales. Au demeurant ces considérations utilitaires ne heurtent même pas la logique, dans la mesure où ces rattachements sont suffisamment établis pour qu'il y ait une certaine prévisibilité des solutions.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de la *formation du contrat*, la compétence d'une loi unique paraît primordiale, car c'est en cette matière que le soutien d'un support juridique est le plus nécessaire. En effet le particularisme de la vie internationale ne justifie pas

(1) Il faut remarquer que la Cour d'Aix admet ici qu'il s'agissait « d'incidents dans l'exécution » qui devaient être soumis à la loi du contrat. Or généralement la formule est employée pour retenir la compétence de la loi du lieu d'exécution ou de destination.

l'abandon d'un tel principe. Or le morcellement du contrat sur ce point, aurait pour effet de réduire à néant ce principe, puisque soumettre le rapport contractuel à une multitude de lois est en réalité le soustraire à tout système de droit cohérent.

Cependant cette affirmation n'est que provisoire en raison des solutions contraires adoptées dans des matières où l'intervention de l'Etat dans les relations privées individuelles est particulièrement manifeste. Celle-ci, par son incidence sur le domaine contractuel, perturbe notablement le principe du rattachement de l'opération contractuelle à la loi du contrat. Ce sera l'objet de la seconde partie de ce travail.

DEUXIÈME PARTIE

**L'INTERVENTION
D'IMPÉRATIFS
SOCIO-ÉCONOMIQUES
DANS LE
DOMAINE CONTRACTUEL**

175. — L'intervention d'impératifs socio-économiques dans le domaine contractuel, liée au développement croissant du dirigisme étatique, en France comme à l'étranger, est de nature à remettre en question la délimitation du domaine de la loi du contrat par les procédés classiques de qualification, — autrement dit la répartition des matières entre les catégories de rattachements existantes —. Le phénomène n'est certes pas entièrement nouveau, mais la recherche de solutions nouvelles s'impose, — solutions qui tiennent compte précisément de cette évolution du droit interne et également de l'évolution des relations internationales. Aussi après avoir évoqué les éléments de cette remise en cause de la délimitation générale de la loi du contrat (I), conviendra-t-il de proposer des solutions qui fassent la part de ces facteurs socio-économiques (II).

I. — REMISE EN CAUSE DE LA DÉLIMITATION GÉNÉRALE DE LA LOI DU CONTRAT.

A. — RENFORCEMENT DU DIRIGISME EN DROIT INTERNE.

176. — L'intervention croissante de l'Etat dans les rapports privés individuels se manifeste à des degrés divers sur la matière des contrats (1). Qu'il s'agisse d'une intervention substantielle dans les relations contractuelles des parties ou de mesures générales qui assurent la politique sociale ou économique de l'Etat, elles se traduisent par l'édiction de dispositions impératives, voire d'inter-

(1) Le phénomène n'est limité d'ailleurs pas à cette seule matière. Son importance est bien connue dans le droit de la famille, par exemple. On peut dès maintenant, remarquer que cette évolution a amené ces dernières années, une transformation de solutions admises sur le plan international. V. notamment l'arrêt *Boll*, C.I.J., 28 novembre 1958, *Rev. crit.*, 1958.713 (sur cet arrêt et sa contribution à la théorie du droit international privé, v.H. BATIFFOL et Ph. FRANCESCAKIS, *Rev. crit.*, 1959.259), et, Paris, 28 avril 1967, *Rev. crit.*, 1968.446 note Jacques Foyer.

dictions dont l'efficacité est souvent assurée au moyen de sanctions, non seulement civiles mais pénales, ou même par l'immixtion de l'administration dans ces rapports (a). Or cette conception nouvelle du rôle de l'Etat a des répercussions sensibles sur la règle de conflit relative aux contrats internationaux (b).

177. — a) Le dirigisme étatique est particulièrement tangible dans les contrats dont l'importance sociale ou économique est considérable, tels les contrats de travail, de bail, d'assurance, de société, de transport, etc... D'une part, le *contenu* même de ces contrats est impérativement fixé par des dispositions qui ne visent manifestement plus l'établissement de rapports contractuels équilibrés, mais des buts économiques ou sociaux évidents, tels l'organisation du marché du travail, la stabilisation ou l'amélioration de la crise du logement, etc... (1). De nombreuses dispositions viennent ainsi réglementer la durée du travail, le paiement des salaires, le montant des loyers... Le domaine du contrat semble se réduire et laisser place à un *statut légal* pour lequel la seule liberté des parties (2) réside dans le droit de ne pas contracter (3). Outre la transformation interne de leur contenu, ces contrats se voient, d'autre part, assortis de *conséquences* que les contractants n'avaient pas en vue lors de l'établissement de leurs relations contractuelles. Généralement ces « conséquences légales » bénéficient à l'un des contractants, mais parfois également à des tiers : ainsi par exemple, la réparation des accidents survenus au cours de l'exécution du travail, le maintien dans les lieux du locataire après l'expiration du bail, la subrogation de l'assureur dans les droits de la victime, ou encore l'action directe de la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage.

(1) Remarquons que le plus souvent les objectifs économiques ou sociaux d'une disposition ne sont pas séparables. Par exemple, la législation du travail qui a sans aucun doute un caractère social est également un instrument de politique économique (v. P. DURAND, *Une orientation nouvelle du droit du travail. L'ordre économique et le droit du travail*, D., 1941, chron. p. 29). De même, les mesures qui paraissent de prime abord destinées à protéger certaines catégories sociales, ont-elles des objectifs plus généraux. C'est ainsi que les dispositions prises en faveur du locataire, tendent généralement à atténuer la crise du logement.

(2) La formule demande d'ailleurs à être nuancée ; en effet certaines dispositions sont parfois impératives à « *sens unique* ». Ainsi les dispositions légales relatives au droit du travail, notamment aux salaires, n'imposent qu'un *minimum* que les parties peuvent améliorer. Au contraire, en matière de loyers, les parties conservent la liberté de descendre au-dessous du *maximum* fixé par la loi.

(3) La liberté de ne pas contracter est elle-même parfois supprimée mais dans d'autres hypothèses, notamment en matière de vente ou d'assurance, (Refus de vente, Assurance obligatoire d'un véhicule).

178. — Plus générales sont encore les manifestations du dirigisme étatique en matière strictement économique (1) qui ont donné naissance à un « *droit économique* » dont les éléments de droit public et de droit privé sont souvent indissociables (2). Pour ne retenir que les exemples qui posent le plus sûrement des difficultés sur le plan international, citons la législation sur les prix, les législations anti-cartels, toutes les mesures destinées à assurer la libre concurrence au détriment de la liberté individuelle et au premier chef les interventions dans le domaine monétaire, qui atteignent ainsi la quasi-totalité des contrats qui comportent des prestations monétaires.

179. — Le difficile équilibre monétaire des nations a en effet conduit la plupart des Etats à prendre des dispositions destinées soit au redressement soit au maintien de leur situation monétaire. Qu'il s'agisse de monnaie de compte ou de monnaie de règlement, les parties ont vu leur liberté restreinte quant à la possibilité d'utiliser l'or ou les monnaies étrangères dans leurs transactions par l'effet du cours forcé et légal. A la suite ou pendant les périodes de crise, diverses mesures de dévaluation, de réévaluation, de moratoires étaient prises dont les effets se répercutaient également sur les contrats. Les échanges internationaux étaient eux-mêmes dirigés par l'institution de contrôles des changes, visant non seulement les mouvements de capitaux mais aussi la circulation des marchandises, toutes mesures qui n'ont guère disparu de notre actualité.

180. — Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini. Qu'il nous suffise de constater ici que la prolifération de ces dispositions marque à la fois « *l'affaiblissement contractuel* » du contrat (3) et la *place prépondérante du contrat dans l'organisation économique ou sociale d'un pays* (4). Ce phénomène n'est pas sans poser de problème sur le plan international.

(1) Même en ce domaine, la remarque faite précédemment est valable. Ainsi la taxation des prix est certainement un effet du dirigisme économique, mais elle est également destinée à protéger la catégorie sociale des consommateurs.

(2) La publicisation du contrat est en effet l'une des principales caractéristiques de l'évolution du droit contractuel actuel. Celle-ci n'est d'ailleurs pas limitée au droit économique, mais se retrouve dans les contrats dirigés, notamment le contrat de travail. Sur cette évolution, v. JOSSEAND, « La publicisation du contrat », *Mélanges Lambert*, 1938, t. III, p. 143 et s.

(3) On peut à la limite estimer que la *nature* même du contrat se trouve ainsi transformée, par suite du faible rôle laissé à la volonté des parties. Sur les incidences du dirigisme économique sur la notion de contrat, v. M. S. KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats. Etude de droit comparé France, Egypte, U.R.S.S.* préface de M. René David, Lib. gén. de droit et de jurisprudence, Paris, 1967, 413 p. ; cf. les diverses études sur la notion de contrat publiées aux *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Sirey, 1968. V. également, ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1966.

(4) V. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 1950, 2^e éd., p. 65.

181. — *b)* Ces dispositions qui exercent une influence sur la validité du contrat et sur ses effets soulèvent en effet des difficultés particulières lorsque le contrat dépasse la sphère juridique interne. De manière schématique, on peut dire que la difficulté est double sur le plan international. D'une part, *si ces dispositions font partie de la loi désignée par la règle de conflit* pour régir le contrat, leur nature peut paraître s'opposer à leur application par un for étranger, le plus souvent en raison des éléments de droit public ou pénal contenus dans ces dispositions, ou des objectifs « politiques » qu'elles poursuivent. D'autre part, *si ces dispositions ne font pas partie de la loi du contrat*, on voit mal comment les contractants pourraient y échapper si le contrat se concrétise dans la sphère d'application visée par ces dispositions.

Si la première difficulté relève du domaine de la règle de conflit, et peut aisément être surmontée, la seconde est inhérente à la notion même de règle de conflit : le principe de la règle de conflit postule le *choix* d'une législation déterminée, *parmi et au détriment* de, toutes celles qui auraient vocation à s'appliquer à un rapport juridique donné. Quel que soit le fondement rationnel de ce choix éliminatoire — sur la base du principe libéral de l'autonomie de la volonté (1) ou sur celle de la localisation objective du contrat (2) —, il paraît inévitable que ces lois éliminées aient quelque vocation à régir, ne serait-ce que partiellement, l'opération en cause. On a déjà eu l'occasion de remarquer en étudiant l'exécution du contrat, que si le principe de la compétence unique de la loi du contrat pour tout le déroulement de l'opération contractuelle était satisfaisant pour l'esprit lorsqu'on se référait *au concept abstrait de contrat*, il en allait autrement dès que l'on considérait les aspects matériels de ce même contrat. Cela est encore plus vrai lorsque, au lieu où se concrétise le contrat, existent des prescriptions fortement marquées par leur caractère social ou économique, parfois assorties de sanctions pénales, qui peuvent conditionner ou même empêcher l'exécution du contrat telle qu'elle devait résulter de la loi du contrat. Comment par exemple, ne pas respecter la réglementation du travail en vigueur au lieu du travail, comment admettre l'exécution d'une clause de paiement en monnaie étrangère valable selon la loi applicable au contrat, si la loi du lieu de paiement s'y oppose et impose

(1) La suite des développements montrera que la difficulté ne tient pas aux objections qui étaient formulées contre le principe de l'autonomie de la volonté en droit international. En effet, si le principe est concevable dans la mesure où il ne confère pas aux parties une liberté totale, et ne conduit pas à une évasion de toutes les dispositions impératives, puisque le choix de la loi entraîne l'application des dispositions impératives de ce système législatif, il laisse entier le problème de l'influence des lois qui ont été ainsi écartées.

(2) Remarquons ici que les subjectivistes estimaient que la thèse objectiviste conduisait immanquablement au dépeçage du contrat. Il semble que ce soit une fausse opposition : le problème de morcellement du contrat se pose dans les mêmes termes.

la conversion de la dette en monnaie locale ? C'est donc ici la *nature* même de ces dispositions législatives qui va remettre en cause l'unité du contrat que l'on pouvait relativement assurer, lorsqu'on se plaçait sur le terrain de la qualification.

182. — Sans doute, avait-on, dès 1938, dégagé à côté des matières rattachées à la loi du contrat, la notion de « *police du contrat* » (1). Mais il faut bien reconnaître que si l'idée relève d'une intuition légitime, ni la délimitation de cette notion, ni son rattachement sur le plan international n'ont été précisés (2), probablement parce qu'on avait toujours en vue les règles de police du *for* (3). Or, le dirigisme étatique généralisé que révèle le droit comparé montre d'une part, que la notion de police du contrat est dépassée et que s'y substitue celle plus générale de *lois de police* (4) — qui peut, semble-t-il, recouvrir les diverses interventions de l'Etat signalées précédemment (5) — et d'autre part, que le sort sur le plan international des *lois étrangères* de ce type doit être précisé, et au besoin être envisagée

(1) V. Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XX^e siècle*, thèse 1938, p. 532 et s. : « Certaines lois en matière contractuelle conservent en droit international une compétence impérative : le statut d'autonomie ne comprend point tous les éléments du contrat. Nous verrons, à propos des lois de police et de sûreté, que la réglementation spéciale de diverses conventions, procédant de vues d'ordre social, dépend de la loi territoriale. Certains attributs généraux de tout contrat échappent aussi à la loi d'autonomie... Il existe une *police générale du contrat qui offre un caractère territorial* ».

(2) Sans doute, la notion impliquait-elle l'idée d'un rattachement territorial, qui pouvait faciliter la recherche d'une solution. Cependant, même le projet de Codification du droit international privé qui admettait dans son article 57 alinéa 1 le principe de l'autonomie de la volonté sous réserve des dispositions de police et de sûreté, n'avait donné aucune précision à ce sujet. V. Pierre LOUIS-LUCAS, « Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé », *Rev. crit.*, 1952, 55, spéc. 58 et 59.

(3) Nous verrons que ce mode de raisonnement, au demeurant très légitime, se retrouve dans la doctrine moderne, notamment dans les travaux relatifs aux lois d'application immédiate. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette notion, fort semblable à celle des lois de police, mais on peut remarquer dès maintenant que si les recherches sont à l'heure actuelle assez avancées relativement aux lois d'application immédiate du *for*, le même progrès est loin d'être réalisé en ce qui concerne les lois étrangères correspondant à cette notion.

(4) Sur l'hypertrophie de la notion de loi de police, v. notamment Y. LOUS-SOUARN, « Les conséquences en droit international privé du développement du rôle de l'Etat », *Etudes du droit contemporain*, IV^e Congrès international de Droit comparé, Hambourg, 1962, Ed. Cujas, p. 293 et s.

(5) On pourra nous reprocher de rester assez vague sur la délimitation de cette notion. Cependant si nous ne consacrons pas un développement spécial à une telle recherche, ce n'est pas seulement parce qu'une délimitation précise et fixe serait impossible. D'une part, les exemples donnés sont déjà une indication des matières couvertes par cette notion ; d'autre part, l'existence de cette notion, de même que ses principaux traits caractéristiques apparaîtront tout au long des développements qui suivront.

la possibilité d'un rattachement spécial de celles-ci, sans d'ailleurs qu'une distinction entre lois de police contractuelle et lois de police extracontractuelle soit nécessaire (1).

183. — Il faut bien reconnaître que ce n'est généralement pas dans cette direction que s'est orientée la *jurisprudence française*, qui au surplus se montre assez réticente quant à l'utilisation même de l'expression « loi de police ». Cependant la notion est sous-jacente dans les motifs de ses décisions, dans la mesure où des solutions particulières ont été apportées qui s'intègrent mal, parfois, dans le schéma classique de la règle de conflit.

184. — Les difficultés nées du dirigisme étatique et de la socialisation du droit ont reçu des solutions diverses dans la jurisprudence française, qui manque à première vue de cohérence, sans doute parce que la réalité des choses est plus complexe que l'exposé volontairement simplifié qui vient d'être fait. Sans distinguer ici selon qu'il s'agit de dispositions sociales ou économiques étrangères ou françaises, mises à part les décisions qui ont admis soit un rattachement à la loi du contrat, soit un rattachement spécial, on peut constater que la jurisprudence est caractérisée dans l'ensemble par l'adoption de trois types de solutions.

Un premier type de solution conduit à une *exclusion complète de la règle de conflit*, que la matière soit considérée comme relevant de la condition des étrangers et de la jouissance des droits accordés par la loi française, notamment en matière de bail, ou que la nature de ces dispositions, le plus souvent à la limite du droit public, paraisse les écarter du domaine ordinaire des règles de conflit. Un second type de solution se manifeste par l'intervention systématique de l'ordre public, intervention qui peut s'analyser comme une *perturbation de la règle de conflit*. Enfin un troisième type de solution réside dans l'*introduction de règles matérielles* de droit international privé, notamment pour apprécier la validité des clauses monétaires dans les opérations qui répondent à certains critères. Or ces solutions, non seulement ne rendent pas totale-

(1) La distinction entre lois de police contractuelle et lois de police extracontractuelle en effet ne nous paraît pas utile. Outre le fait que les problèmes qu'elles soulèvent ne sont pas fondamentalement différents, et qu'une différence de solutions ne serait pas légitime, elles ont les unes et les autres des incidences sur l'opération contractuelle. Au surplus, il faut bien reconnaître que la frontière entre les deux catégories n'est pas aisée à tracer. *Contra*, VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Leyde, 1^{re} éd., 1955, p. 117 et s., p. 127 et s. Selon cet auteur, les lois de police contractuelle se distingueraient des lois de police extra-contractuelle par le fait qu'elles prennent la forme d'une correction d'un déséquilibre contractuel quels que soient les mobiles généraux auxquels elles répondent (*op. cit.*, p. 120). Le même point de vue est soutenu dans la 2^e édition de 1964, p. 129 et 135. — V. également du même auteur, « Signification et limite de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Rev. dr. int. et comp.*, 1955, 81 et s.

ment compte de la réalité du problème, mais également ne correspondent pas à l'évolution des relations internationales. Celle-ci ne doit-elle pas conduire à une reconnaissance des lois de police économique et sociale, qu'elles fassent ou non partie de la loi du contrat (1) ?

B. — EVOLUTION DES RELATIONS INTERNATIONALES.

185. — A notre époque, en effet, la multiplication des relations internationales, conduit à atténuer les particularismes nationaux et à entrevoir une coopération entre Etats plus évidente, qui rendrait moins chimérique l'idée d'un ordre juridique proprement international, lequel ne peut exister en l'absence de législateur supranational (2). Sans doute a-t-on mis en relief l'apparition de normes propres aux rapports internationaux qui se développeraient *spontanément* dans la société commerciale internationale (3). Mais il faut bien reconnaître que ce nouveau « *jus gentium* » ne peut accéder à une valeur quasi-normative (4) qu'en dehors des juridictions étatiques (5), c'est-à-dire devant les arbitres internationaux (6). Au

(1) A cet égard, il nous paraît intéressant de signaler un arrêt récent de la Cour de cassation des Pays-Bas (13 mai 1966, *Rev. crit.*, 1967.522, note A. V. M. Struycken) qui est à notre connaissance la première décision à poser le problème de manière aussi nette. Le Hoge Raad reconnaît en effet qu'« *il peut arriver que, pour un Etat étranger, l'observation de certaines règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que le juge néerlandais doive en tenir compte et, dès lors, les appliquer de préférence au droit d'un autre Etat qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat* ». La Cour a cependant estimé qu'en l'espèce les intérêts belges en cause n'étaient pas suffisants pour que soit appliquée la loi belge alors que la loi néerlandaise régissait le contrat (v. *infra*, n° 268).

(2) Dans le sens que seul un régime proprement international conviendrait aux contrats internationaux, v. ALFONSIN, *Regimen internacional de los contractos*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad, 1950, 190 p.

(3) Ainsi parle-t-on de droit « supranational », « transnational » ou de « droit commun des nations », ou encore de « droit anational ». V. sur ce phénomène, B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. de philosophie du Droit*, 1964.177 et s. ; SCHMITTHOFF, « Les nouvelles sources du droit commercial international », *Revue internationale des sciences sociales*, 1963.267 et s. — V. également FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 401 et s. — Sur la société internationale des marchands, cf. Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961.

(4) V. l'analyse du phénomène au regard des caractéristiques de la règle de droit par GOLDMAN, *op. cit.*, p. 185 et s.

(5) Il faut bien sûr exclure de cette formule les règles matérielles spéciales à l'ordre international créées par la jurisprudence française, règles de plus en plus nombreuses, spécialement en matière d'arbitrage international (v. *supra*, n° 71), et dont on ne peut nier le caractère normatif malgré leur origine prétorienne.

(6) M. FOUCHARD (*op. cit.*, n° 580) reconnaît lui-même que « la valeur normative de ce droit anational résulte surtout, dans cette communauté extra-étatique, de l'existence d'organes chargés de le consacrer et de le faire respecter ; or ces organes sont précisément les arbitres et les institutions arbitrales... ».

demeurant, même dans cette hypothèse, si l'élaboration d'un « droit commun des nations » est concevable en ce qui concerne les éléments volontaires du contrat, relatifs à la formation du contrat ou à son interprétation (1), le détachement des droits internes nationaux paraît peu réalisable dès qu'on se trouve dans le domaine d'intervention de l'Etat (2), aussi le phénomène n'a-t-il ici qu'une portée limitée. L'harmonisation des relations internationales implique alors la *conciliation de ces divers dirigismes étatiques* et donc leur prise en considération par les juges nationaux, ce qui faciliterait la reconnaissance internationale de leurs décisions. Cet objectif, fondé sur la notion de réciprocité n'apparaît pas comme on pourrait le penser à première vue comme une résurgence de l'idée de courtoisie internationale, qui a paru un moment être à la base des règles de conflit de lois, mais cherche à tenir compte des réalités concrètes des relations contractuelles internationales.

186. — Mais il est évident que l'idée ne doit pas être poussée à l'extrême, sous peine de faire jouer au juge national le rôle de « gendarme international ». Il ne s'agit pas, en effet de rechercher toutes les lois qui sont susceptibles d'invalidier ou d'empêcher l'exécution du contrat, et d'en faire application, ce qui entraînerait des conséquences contraires au but souhaité et paralyserait en définitive le commerce international. C'est donc dans des limites très strictes que doit se faire cette recherche, qui repose sur un difficile équilibre entre l'unité du contrat et l'harmonisation des relations internationales.

(1) Sur la constatation du phénomène dans les sentences arbitrales, v. FOUCHARD, *op. cit.*, nos 614 et s. Mais d'autres espèces révèlent également l'impossibilité de dégager un « droit commun des nations » en raison des divergences des règles positives nationales (v. par exemple la sentence dite des « *Cargaisons dérouterées* » rendue par le président CASSIN, 10 juin 1955, *Rev. crit.*, 1956.278, note H. Batiffol). — Sur les palliatifs auxquels ont recours les arbitres dans cette hypothèse, v. *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Contrat administratif*, par A. TOUBIANA, n° 13.

(2) La preuve en est de la sévérité de certaines décisions relatives à l'*exequatur* de sentences arbitrales rendues dans des matières où l'intervention de l'Etat est manifeste (v. notamment, Orléans, 15 mai 1961, 2 esp., *Rev. crit.*, 1961.778, note Mezger, où il est admis que le compromis est nul « *chaque fois que la solution de l'arbitrage suppose l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public* », en l'espèce une règle d'« organisation économique française » relative aux exportations). Sans doute, d'autres décisions sont-elles plus souples et admettent le recours à l'arbitrage dès lors qu'il ne s'agit que de tirer les conséquences de l'inexécution d'un contrat touchant à l'ordre public (v. *supra*, n° 77, et les décisions citées par GOLDMAN, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Arbitrage*, nos 254 et s.), mais il est certain que les arbitres ne peuvent, par leurs sentences, permettre la violation d'une réglementation d'ordre public du pays où l'*exequatur* est demandé. C'est sans doute pour cette raison que M. Fouchard, pourtant favorable à la reconnaissance d'un « droit anational », reconnaît lui-même que « la réduction des particularismes de chaque droit national... est une œuvre internationale que les arbitres ne peuvent directement réaliser ; ils peuvent tout au plus l'amorcer » (*op. cit.*, n° 624, p. 446).

II. — SOLUTIONS PROPOSÉES

187. — Il convient d'abord de poser en principe, que ces *lois de police* sont applicables même si elles émanent d'un *législateur étranger*, et que leur caractère de « lois politiques », de lois de droit public ou de lois de police et de sûreté ne fait pas obstacle à leur application par un juge étranger, contrairement à ce qui a été soutenu jusqu'à une époque récente.

Ce principe acquis permet de justifier *l'application de lois de police faisant partie du système juridique applicable au contrat*. Mais les dispositions de la loi du contrat peuvent ne pas viser la situation en cause, qui par ailleurs peut entrer dans le domaine d'application d'une loi différente de la loi du contrat. *Par quel procédé* convient-il alors de prendre en considération une *loi de police*, alors qu'elle ne fait pas partie de la loi du contrat, et respecter ainsi le domaine d'application que s'assigne cette loi ?

188. — A) Une première possibilité consisterait à admettre que le système juridique dont est issue cette loi de police doit régir le contrat dans son ensemble. C'est dans cet esprit qu'on a proposé *d'écarter le principe de l'autonomie de la volonté* en matière de *contrats dirigés* (1). Sans doute, est-il peu concevable que le dirigisme étatique qui affecte le droit interne se traduise par un libéralisme total sur le plan international (2). Cependant, cette solution paraît peu souhai-

(1) Franck VISCHER, « Kollisionrechtlich Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung », *Festschrift Max Gerwig*, Bâle, 1960, p. 167 à 191 (C. R. GRAULICH, *Rev. crit.*, 1962.207); du même auteur, v. *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962. — Notons que cette solution a été retenue par l'article 17, alinéa 1 de l'ancien projet Benelux (v. *Rev. dr. int. et comp.*, 1955.81). V. *infra*, note 3, p. 158 les dispositions du nouveau projet.

(2) Il convient sans doute d'admettre une plus grande liberté dans les rapports internationaux que dans les rapports internes, sous peine de les paralyser. La jurisprudence française est sensible à cette idée. Il faut remarquer que pour ce faire, elle ne recourt pas généralement à des règles de conflit, mais à des *règles matérielles* propres aux rapports internationaux. C'est le cas notamment des solutions relatives à la validité des clauses-or dans les règlements internationaux, (V. *infra* note 1 p. 309) ou la faculté de l'Etat français de compromettre ou des autres règles admises récemment en matière d'arbitrage international (v. *supra*, n° 71). — Sans discuter ici de la légitimité du procédé, il faut cependant admettre que la liberté ne doit pas être totale, surtout si elle est assurée au *détriment des dispositions impératives étrangères, qui seraient systématiquement écartées* (v. dans un sens favorable à un très grand libéralisme LOUIS-LUCAS, « La liberté contractuelle et le droit international privé français », *Mélanges Dabin*, 1963, t. II, p. 763 et 747.

table : elle ne répond pas aux aspirations de la vie internationale d'une part, et d'autre part, elle ne suffit pas à résoudre toutes les difficultés qui tiennent à l'intervention de l'Etat dans les rapports privés individuels. En effet, la détermination des contrats ainsi soustraits à l'autonomie des parties sur le plan international se ferait à partir des conceptions du droit du for ; or ce qui importe c'est la nature du contrat selon la loi compétente (1). De plus, même la détermination de la loi compétente qui se ferait alors par la localisation objective du contrat laisse entier le problème de l'incidence d'autres lois qui pourraient avoir une influence sur le contrat (2). L'insuffisance de la solution apparaît notamment si l'on considère les difficultés particulières soulevées par les obligations monétaires que comportent la plupart des contrats internationaux. La localisation du contrat dans un milieu économique ou social donné n'élimine pas l'incidence possible de lois monétaires étrangères à ce milieu (3). La modification du mode de détermination de la loi applicable au contrat ne semble donc pas permettre de résoudre les difficultés évoquées.

189. — B) De même, ce n'est pas par une généralisation de l'intervention de l'ordre public à l'encontre de la loi du contrat, que celles-ci peuvent être aplanies. L'ordre public ne joue, en effet, qu'en faveur de la loi du for, alors que c'est généralement l'application ou la prise en considération des lois de police étrangères qu'il convient de justifier (4). Non seulement la solution serait alors de portée limitée, mais de plus le caractère anormal qu'évoque la notion d'intervention de l'ordre public nous paraît contraire à l'idée que la loi de police a une vocation légitime à s'appliquer (5).

(1) L'objection est encore plus forte si l'on constate qu'il n'existe pas une notion unitaire de « contrats dirigés » et qu'ils peuvent l'être à des degrés divers.

(2) On a vu en effet, que les difficultés posées sur le plan international à la suite du dirigisme étatique étaient inhérentes au principe même d'une règle de conflit donnant compétence à une loi unique en matière contractuelle (v. *supra*, n° 181).

(3) A cet égard, le nouveau projet Benelux adopte une solution plus intéressante que l'ancien, parce que plus nuancée. En vertu du nouvel article 13, alinéa 2 (texte in, *Rev. crit.*, 1968.812 et s.) « lorsque le contrat est manifestement localisé dans un pays déterminé, les dispositions de la loi de ce pays dont la nature et l'objet particuliers spéciaux (sic) excluent l'application de toute autre loi, ne peuvent être écartées par la volonté des parties » (cf. DE WINTER, « La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé », *Rev. crit.*, 1968.577 et s., spéc. p. 594 et s.).

(4) On peut seulement remarquer que la considération de l'ordre public étranger — notion qui devra être précisée, pourra intervenir pour déterminer le caractère de loi de police de la loi étrangère.

(5) On constatera cependant au cours des développements ultérieurs, que la jurisprudence a parfois tendance à faire de l'ordre public une circonstance de rattachement, ce qui ne correspond nullement à sa fonction, v. *infra*, n° 248 et s.

190. — C) Une solution également forcément limitée consisterait à reconnaître une *influence de fait* à ces lois de police économique et sociale, tout en maintenant la compétence de principe de la loi du contrat. Le procédé est certes utile, puisqu'il tient compte des données concrètes des relations contractuelles internationales, et permet dans certains cas, de libérer le débiteur des obligations qu'il n'a pu exécuter par suite des prohibitions en vigueur au lieu d'exécution. Bien que la jurisprudence y ait eu parfois recours (1), les limites du procédé le condamnent en tant que principe de solution (2). Il ne paraît devoir jouer, en effet, que si la loi de police étrangère réunit les conditions exigées par la loi du contrat pour libérer le débiteur, notamment si elle présente les caractères d'un événement de force majeure ; or cette condition sera rarement satisfaite (3). Si donc leur prise en considération à titre de fait permet dans certains cas de tenir compte des lois de police économique et sociale autres que celle de la loi du contrat, la solution ne peut être générale.

191. — D) Aussi, en définitive, paraît-il plus efficace de limiter le domaine de la loi du contrat et d'admettre la possibilité de *rattachements complémentaires*.

192. — C'est à ce type de solution que semble tendre la jurisprudence anglo-saxonne relative à la licéité et aux modalités d'exécution du contrat. Nous avons vu, en effet, que celle-ci appréciait la *licéité* du contrat, non seulement en fonction de la loi du contrat, mais également au regard de celle du lieu d'exécution (4). Mais nous avons pu constater qu'il ne s'agissait pas véritablement d'une règle de droit, mais d'une solution fondée sur l'application des principes du droit anglais relatifs à l'exécution des contrats, lorsque la loi anglaise régit ces contrats (5). La deuxième règle qui conduit à observer les dispositions d'une loi autre que celle du contrat est celle qui rattache les *modalités d'exécution* à la loi du lieu d'exécution (6). Si cette solution présente des avantages incontestables, son fondement comme son domaine ne sont pas satisfaisants. D'une

(1) V. *supra*, n° 145.

(2) *Contra*, Frank VISCHER, « Kollisionenrechtlich Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung », *Festschrift Max Gerwig*, Bâle, 1960, p. 167 et s. — V. également du même auteur, *Internationales Vertragsrecht*, 1962. L'auteur estime, en effet, que les règles impératives étrangères — notion équivalente à celle de lois de police — pourraient être prises en considération comme des *faits* susceptibles d'influencer le statut contractuel, soit au titre de la force majeure soit par la théorie de la cause. Pour une position équivalente, v. ROLF BAR, *Kartellrecht und I.P.A.*

(3) V. *supra*, n° 145.

(4) V. *supra*, n°s 49 et s.

(5) V. *supra*, n°s 49 et s.

(6) V. *supra*, n°s 117 et s.

part, le fondement de ce rattachement est mitigé : il est en effet contradictoire d'assimiler dans une même catégorie, les aspects mineurs de l'exécution des contrats aux règles fondamentales qui tiennent aux conceptions sociales ou économiques du lieu d'exécution, telles les règles relatives au paiement. Aussi, même si l'on retenait le principe d'un rattachement spécial de certains aspects de l'exécution à la loi du lieu d'exécution, conviendrait-il d'en donner une autre justification. D'autre part, la portée de la règle de rattachement adoptée par la jurisprudence anglo-saxonne est limitée dans la mesure où elle permet seulement de tenir compte des impératifs socio-économiques du lieu d'exécution, alors que le domaine des lois de police est encore plus vaste. Ces solutions anglo-saxonnes ne nous donnent donc aucune indication quant à la reconnaissance de rattachements complémentaires qui tiennent compte des lois d'ordre économique ou social dont la prise en considération peut s'imposer malgré la soumission du contrat à une loi différente.

193. — La solution serait peut-être alors de déterminer une méthode de *rattachement des lois de police* (1) sur le plan international. Si, dans certains pays étrangers comme l'Allemagne (2) ou les Pays-Bas (3), une telle tendance se dégage dans la doctrine qui préconise un rattachement spécial des « *dispositions impératives du droit des obligations* » — dont la notion paraît coïncider avec celle

(1) Nous emploierons *brevitatis causa*, cette formule qui pourrait paraître curieuse de prime abord. En effet, dans la terminologie de la règle de conflit classique, on parle du rattachement d'une *matière* donnée à une *loi* déterminée, et le processus semblerait ici inversé. C'est exact dans une première étape, et précisément en raison des particularités de ces lois de police, mais en définitive, dès qu'une *règle* — ou même plusieurs — *permettant la désignation des lois de police* aura été précisée (v. *infra*, n°s 279 et s.), ou constatera qu'elle diffère très peu des règles de rattachement de type classique — ce qui sera encore plus net lorsque nous évoquerons les applications pratiques de cette méthode (*infra*, n°s 296 et s.). Au demeurant, même sous cette formule synthétique, l'expression a sa part de vérité — relevant d'une intuition peut être trop rapide pour les philosophes du droit —, c'est l'absence d'une véritable opposition entre la matière qui est l'objet d'une règle de droit et la règle de droit elle-même.

(2) Principalement Karl NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.*, 1957.579 et s. et *Rev. crit.*, 1958.53 et s. ; W. WENGLER, « Die Anknüpfung des zwingen den schuldrechts im internationalen Privatrecht », *Z. für Vergl. Rechtswissenschaft*, 1941, p. 168 et s. ; Cristoph REITHMAN, *Internationales Vertragrecht*, Cologne, 1963, 391 p.

(3) J. E. J. Th. DEELEN, *Rechtskeuze in het Nederlands internationaal contractenrecht, een jurisprudentie — onderzoek* (Le choix du droit applicable au contrat international dans le droit international privé néerlandais ; étude de jurisprudence), Amsterdam, 1965, Scheltema en Holkema N.V., 302 p. (notamment p. 184 et s.) (C. R. STRUYCKEN, *Rev. crit.*, 1967.440) ; DE WINTER, in W.P.N.R. (1940), n° 3676 ; *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1947, p. 101 et s. ; *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1964.329 et s. (résumé en français p. 361-365). — SAUVEPLANNE, in *Voornitzichten Vande Rechtswetenschap*, 1964, p. 279 et s.

de lois de police économique et sociale —, en France on peut constater qu'un effort semblable est fait relativement aux lois dites « *d'application immédiate* » (1) — notion qui paraît également recouvrir celle de lois de police —, mais limité pour l'instant aux lois du *for*. La conception même de cette notion se heurte en l'état actuel à la difficulté, voire l'impossibilité de reconnaître l'effet de lois étrangères de ce type. La définition donnée en effet, par leur « inventeur » est que ces lois d'application immédiate se situent en dehors des règles de conflit ; leur prise en considération est préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit, et, résulte de la délimitation unilatérale du domaine d'application de ces lois. A première vue, le procédé serait donc inutilisable pour les lois étrangères, faute d'une technique de désignation de celles-ci. Mais il semble que le problème, bien que complexe, ne soit pas totalement insoluble, et qu'il soit possible de trouver une méthode de rattachement de ces lois — quelle que soit la terminologie retenue, dispositions internationalement impératives, lois d'application immédiate, lois de police ou même loi de police et sûreté pour reprendre l'expression de l'article 3 du Code civil.

194. — A l'issue de cette longue exposition des problèmes posés par le développement du dirigisme étatique sur le plan international, il s'avère que deux points principaux sont à préciser, d'une part *l'applicabilité des lois de police étrangères*, d'autre part le *rattachement des lois de police*. La généralisation, dans la plupart des pays, de l'intervention de l'Etat dans les relations contractuelles internes et internationales, invite à une collaboration plus étroite de ces pays sur le plan international, afin que soient respectés leurs objectifs économiques ou sociaux.

Pour ce faire, il convient tout d'abord de ne pas s'arrêter aux divers prétextes invoqués pour refuser d'appliquer les lois de police étrangères, et d'admettre au contraire le principe de leur *applicabilité*, sauf si leur application heurterait trop gravement l'ordre public international du *for*. L'évolution contemporaine de cette notion pourrait, semble-t-il, au demeurant, en réduire l'intervention.

(1) Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international*, Paris, 1958, p. 11 et s. ; du même auteur, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit.*, 1966.1 et s. ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Riv. dir. int. pr. e proc.*, 1967.691 et s. — V. également en Belgique, Paul GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Jean Dabin*, 1963.629 et s. — En Italie, la même notion apparaît dans les articles de M. DE NOVA, « I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia », *Diritto internazionale*, 1959.13 et s. ; en français, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, 1960, t. I, p. 377 et s. ; du même auteur, « Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules », *California Law Review*, 1966, vol. 54, p. 1560 et s.

Si ces principes doivent être admis lorsque les lois de police font partie du système juridique applicable au contrat, ils seront également valables si l'on admet un *rattachement spécial des lois de police* sur le plan international. En effet, les solutions admises dans certains cas par la jurisprudence ou suggérées par la doctrine au bénéfice de la loi du for, même lorsque celle-ci ne régit pas le contrat, laissent penser qu'une généralisation du procédé n'est pas impossible, malgré l'infériorité persistante de la condition de la loi étrangère par rapport à celle du for. Ainsi, serait-il possible de prendre en considération les lois de police qui ne font pas partie de la loi du contrat.

Si cette possibilité répond à un souci réaliste, il faut cependant remarquer qu'un rattachement spécial des lois de police sur le plan international ne peut faire disparaître la complexité des solutions. Il en résultera en effet, des chevauchements inévitables entre la loi du contrat et la loi de police. Mais cette conséquence n'est pas suffisante à démontrer l'inutilité de cette recherche. D'abord, parce que la complexité des solutions est en définitive liée à la complexité des situations, inhérente aux relations internationales. Ensuite, parce qu'une simplification pourrait parfois être réalisée par un abandon du rattachement à la loi du contrat de certaines matières, qui paraissent suffisamment distinctes pour que l'objection tenant à l'unité du contrat ne le condamne pas.

Chapitre I. — L'applicabilité des lois de police étrangères.

Chapitre II. — Le rattachement des lois de police.

CHAPITRE I

L'APPLICABILITÉ DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES

195. — Le principe selon lequel les lois de police économique et sociale seraient inapplicables par un juge étranger (1) est assez répandu tant en France qu'à l'étranger, en doctrine comme en jurisprudence, bien qu'il rencontre de nos jours moins de partisans qu'à l'époque où le dirigisme étatique se manifestait presque exclusivement en matière monétaire et de législations de change.

Divers motifs sont invoqués pour justifier ce principe, qui conduisent généralement à affirmer la *territorialité* de ces lois (2). Ainsi, fait-on appel à la territorialité des lois de droit public ou pénal, des lois « politiques », des lois de « police et sûreté », si ce n'est directement à la territorialité en elle-même. De cette idée de territorialité, on déduit que ces lois se trouvent *en dehors du domaine des conflits de lois* et qu'il ne saurait être question de leur application par un juge étranger au législateur qui les a édictées. Aussi, avant même de voir de plus près les diverses objections qui ont été faites à l'applicabilité des lois de police étrangères, convient-il de remarquer que le raisonnement paraît faussé à la base par l'ambiguïté de la notion de territorialité (3), et par les conséquences qu'on attache à celle-ci (4).

(1) Le principe ne vise pas sans doute expressément les *lois de police*, puisque cette expression n'est que peu utilisée, mais les motifs pour lesquels l'applicabilité de certaines lois étaient mises en doute coïncident précisément avec les caractères qui permettent de distinguer les lois de police des lois qui n'en sont pas.

(2) J. DONNEDIEU DE VABRES, thèse précitée p. 421, avait mis en relief le fait que la socialisation du droit se traduisait par une renaissance générale du territorialisme.

(3) Sur l'ambiguïté de la notion de territorialité, v. H. BATIFFOL, *Le domaine du règlement des conflits de lois*, Cours I.H.E.I., 1962-63, t. I, p. 99 ; BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 222 ; AUBRY, « De la notion de territorialité en droit international privé », *Clunet*, 1900.689, *Clunet*, 1901.253 et 643, *Clunet*, 1902.209 ; HEIZ, *Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht*, Zurich, 1959, p. 70 ; RIGAUTX, *Rec. Cours La Haye*, 1966, t. I, p. 340.

(4) V. la critique de cette notion et de l'utilisation moderne qui en est faite, de Klaus Vogel qui y voit une résurgence de la doctrine hollandaise du XVII^e siècle ; VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Francfort-Berlin, 1965. V. également NUSSBAUM, *Money in law National and International*, Brooklyn, 1950, p. 268 et s.

Dire qu'une loi est territoriale ne signifie nullement qu'elle soit inapplicable par un juge étranger, et pas davantage qu'elle ne puisse être désignée par une règle de conflit.

196. — En effet, s'il était exact que ces lois fussent exclues du domaine des conflits de lois, le problème de leur applicabilité par un juge étranger ne se serait même pas posé. L'abondance de la jurisprudence en cette matière démontre au contraire que le problème se pose; et il se pose principalement parce que ces lois ont toujours une *incidence sur les relations contractuelles*; dès lors on voit mal par quel artifice on peut soutenir que la règle de conflit désignant le système juridique ou même les systèmes applicables au contrat, fasse *a priori*, une telle démarcation entre les diverses dispositions de ce ou de ces systèmes. A vrai dire, le lien qui est ainsi fait entre la territorialité d'une loi et son exclusion du domaine des conflits de lois, s'il ne paraît pas avoir de fondement logique (1), s'explique si l'on remarque que le plus souvent la jurisprudence (2), et davantage la doctrine, prennent pour point de départ de leur raisonnement les lois de police du for (3); ayant la conviction que celles-ci doivent nécessairement être appliquées par le juge national, on en déduit qu'elles ne peuvent se trouver en « conflit » avec les lois étrangères du même type, et encore moins avec les lois étrangères « normales ». Or, conclure de cette constatation à l'exclusion de conflits de lois relatifs aux lois de police paraît excessif dès qu'on se trouve en dehors du domaine d'application des lois de police du for.

197. — De même, c'est sur l'ambiguïté de la notion de territorialité que repose l'affirmation selon laquelle une loi qualifiée de « territoriale » n'est pas applicable par un juge étranger. Sans doute,

(1) Comme l'exprime de manière très imagée M. ZWEIGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.645 et s., spec., p. 653 : « il y a entre le conflit de lois et la territorialité le même rapport qu'entre le feu et l'eau : ou bien l'eau de la territorialité éteint le feu des considérations inspirées du conflit de lois, ou bien le feu de ces dernières fait évaporer le principe de la territorialité ».

(2) La jurisprudence a d'ailleurs parfois exprimé de manière plus générale l'idée que les lois étaient par essence territoriales et que l'application des lois étrangères ne pouvait être qu'exceptionnelle. L'un des motifs d'une décision du tribunal civil de Mulhouse, du 2 mai 1950 (*Rev. crit.*, 1951.153, note Niboyet) est assez significatif de cette tendance : « Attendu que la loi d'un pays est normalement faite pour être appliquée sur son territoire. Attendu que s'il en est ainsi en droit interne, il en va de même en principe tout au moins en droit international privé, la territorialité étant la règle, l'extraterritorialité l'exception... ». Cette tendance se retrouve également dans la doctrine. Outre l'influence de Niboyet sur la formule précédente, v. notamment Louis LUCAS, « L'impérieuse territorialité du droit », *Rev. crit.*, 1935.633.

(3) La même raison a entraîné au XIX^e siècle, notamment chez PILLET et MANCINI, la plus complète confusion entre l'ordre public et la territorialité. V. sur ce point Jacques MAURX, « L'ordre public en droit international privé français et allemand. Convergence et divergences », *Rev. crit.*, 1954.85.

l'appel à cette notion est-il concevable pour justifier qu'une loi étrangère ne soit pas appliquée lorsque la situation que le juge doit régler n'entre pas dans la sphère d'application de cette loi. On voit mal, par exemple (1), comment le juge étranger pourrait ordonner le maintien dans les lieux de l'occupant d'un immeuble situé en Allemagne, même si le contrat de bail se trouvait à l'origine soumis à la loi française (2). Mais hors ce cas, invoquer la territorialité d'une loi ne légitime en rien son inapplicabilité par un juge étranger. Une loi territoriale n'est pas une loi qui ne peut pas être appliquée par un juge étranger, mais *une loi qui s'applique à tous les faits qui se déroulent totalement ou même partiellement sur le territoire* (3). Or on ne voit guère pour quels motifs le juge étranger ne pourrait appliquer cette loi, lorsque les éléments du litige concernent des faits qui se déroulent sur ce territoire. Pour reprendre l'expression de M. Neumayer (4), la *territorialité matérielle* d'une loi ne s'oppose nullement à son *extraterritorialité procédurale*.

En définitive, si l'on hésite à admettre l'applicabilité d'une loi « territoriale », ce n'est pas parce qu'elle est territoriale, mais parce qu'on estime qu'il n'appartient pas au juge étranger d'assurer les objectifs que cette loi veut atteindre, la territorialité de la loi n'étant alors qu'un indice de la volonté du législateur quant à ses objectifs. C'est donc dans ce cas, le contenu de la loi elle-même et les objectifs qu'elle exprime, — et non son domaine d'application —, qui s'opposent à sa prise en considération par le juge étranger : en réalité seul l'*ordre public* (5) peut justifier l'exclusion de la loi de police étrangère. On a d'autant plus le sentiment que la territorialité de ces lois n'est qu'un faux prétexte pour écarter l'application de ces lois et qu'il s'agit d'une intervention de l'ordre public, que les mêmes arguments ont été invoqués à l'encontre de lois qui, par nature, sont extraterritoriales du fait du domaine qu'elles s'assignent, telles les législations de change. Celles-ci déterminent généralement leur champ d'application non seulement en

(1) V. d'autres exemples relatifs au droit allemand en matière de protection des locataires in NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives... », *Rev. crit.*, 1958.59.

(2) Sur l'opportunité de rattacher cette question à la loi du contrat, v. *infra*, n° 299.

(3) Cette conception était d'ailleurs celle de Niboyet qui voyait dans le territorialisme un moyen de parvenir à l'universalisme des solutions en droit international privé. Cf. NIBOYET « L'universalité des règles de solutions des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité », *Rev. crit.*, 1950.509 et s.

(4) KARL H. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.*, 1958.72.

(5) Sur les rapports de la territorialité et de l'ordre public v. LORENZEN, « Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws, 33 *Yale Law Journal* (1924) 736 et s. V. également E. LEDERER, « De la question de l'ordre public en particulier eu égard à la législation relative aux nationalisations », *Bull. de Droit tchécoslovaque* 1956.204 qui oppose l'ordre public, principe de *droit international privé* à la territorialité qui serait un principe de *droit international public*.

fonction de la localisation des points de départ ou d'arrivée des opérations de change sur le territoire, mais également en fonction de la nationalité ou de la résidence des contractants, indépendamment du déroulement de ces opérations sur le territoire.

198. — Si donc l'idée de territorialité ne paraît pas toujours devoir justifier en elle-même l'inapplicabilité de principe des lois de police étrangères, nous verrons qu'il en est de même quant aux autres motifs invoqués dans ce sens, à savoir la présence d'*éléments de droit public* dans ces lois ou leur caractère de « *lois politiques* ». L'intervention de l'ordre public paraît être également le procédé le plus correct pour éviter leur application. Cependant, l'extension du dirigisme étatique évoqué plus haut (1), conduit à réduire le domaine de l'ordre public et à souhaiter une généralisation de la prise en considération des lois de police étrangères.

199. — En effet, tant que l'intervention de l'Etat dans les relations contractuelles entre particuliers n'était qu'exceptionnelle, on pouvait concevoir que le juge étranger ait quelque répugnance à donner effet aux dispositions inspirées de préoccupations économiques ou sociales qui paraissaient non seulement contraires au principe de la liberté contractuelle, mais qui avaient l'apparence de mesures de combat dirigées contre les autres pays. Mais actuellement, le phénomène est si général, qu'écarter l'application ou la prise en considération des lois étrangères de ce type — qu'elles soient teintées de droit public ou qu'elles aient un caractère politique plus prononcé que la majorité des lois — serait manquer de réalisme. En poussant l'idée à l'extrême, l'application des lois étrangères en matière contractuelle serait rarissime. Or cette attitude ne répond pas aux objectifs du droit international privé. La coordination des systèmes juridiques et la coopération entre Etats ne sauraient être atteintes par la transformation du droit des contrats, surtout entre pays membres d'une même communauté politique, version moderne de la communauté juridique, au nom de laquelle Savigny fondait le principe de l'application des lois étrangères.

Certes un courant doctrinal important paraît se dégager en faveur de cette idée, particulièrement en Allemagne où certains auteurs préconisent l'application des « dispositions impératives du droit des obligations » — notion équivalente de celle de lois de police —, non seulement de la loi du contrat mais également des autres systèmes juridiques affectés par l'opération contractuelle, cependant la jurisprudence reste encore réticente et dénote une opposition latente, quoique atténuée à l'applicabilité de principe des lois qui traduisent les objectifs économiques ou sociaux de pays étrangers.

(1) V. *supra*, n^{os} 176 et s.

L'idée qui relève pour l'instant davantage de la profession de foi que de la réalité s'est concrétisée cependant dans certains domaines où sont intervenus des accords internationaux, notamment en matière de législations de change. Désormais, en vertu des Accords de Bretton Woods, les Etats Membres du Fonds Monétaire International sont tenus de reconnaître les effets des législations de change étrangères des autres Etats Membres. Ce n'est évidemment qu'un début et il ne paraît pas utopique d'espérer que le phénomène se généralisera, même en l'absence de conventions internationales expresses. Cet objectif n'est au demeurant pas uniquement d'inspiration internationaliste et universaliste, dans la mesure où il peut conduire, par réciprocité, à la prise en considération à l'étranger des lois de police du for. Au surplus, il ne peut qu'aboutir à une identité de solutions souhaitable quel que soit le for saisi.

200. — Si l'intervention de l'ordre public nous paraît donc devoir être restreinte, pour répondre aux nécessités des relations internationales, il nous faut cependant montrer auparavant que les objections, en quelque sorte techniques, invoquées contre la possibilité d'appliquer les lois de police étrangères ne sont pas décisives. Ces considérations nous conduiront d'abord à rejeter les thèses qui soutiennent l'inapplicabilité des lois de police étrangères et à admettre le principe contraire (Section I), puis à préciser les limites que comporte ce principe, à savoir l'ordre public et une notion bien comprise de territorialité (Section II).

Section I. — Du principe d'applicabilité des lois de police étrangères.

Section II. — Les limites de l'application de principe des lois de police étrangères.

SECTION I

DU PRINCIPE D'APPLICABILITÉ DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES

201. — Il semble qu'il soit possible de poser en principe que les lois de police étrangères (1) sont applicables devant un for étranger (2). En effet, les arguments plus ou moins développés de la

(1) Le principe doit être posé, que les lois de police étrangères fassent *partie du système juridique applicable au contrat* ou qu'elles obéissent à un *rattachement spécial* sur le plan international.

(2) Il est bien évident que le caractère étranger du for s'apprécie par rapport à l'origine de la loi dont l'applicabilité est contestée. Aussi, l'expression de « for étranger » sera-t-elle employée même lorsqu'il s'agit des tribunaux français.

jurisprudence ou de la doctrine en faveur du principe contraire ne paraissent pas fondés. Nous avons déjà pu constater que le point de départ ou d'aboutissement du raisonnement tenu était toujours de proclamer la territorialité des lois que nous avons regroupées sous le vocable de lois de police. L'équivoque qui relève de la notion de territorialité étant dissipée (1), nous nous attacherons plus particulièrement aux thèses qui soutiennent l'inapplicabilité de ces lois en dehors de l'Etat qui les a édictées, soit en raison des *éléments de droit public* qu'elles contiennent, soit en raison de leur caractère de « *lois politiques* ». Il paraît, en effet, inutile de s'attarder à la thèse, parfois soutenue, selon laquelle les « *lois de police et sûreté* » étrangères seraient inapplicables (2); celle-ci s'appuie sur les mêmes principes que ceux qui justifieraient l'inapplicabilité des lois étrangères de droit public ou politiques (3), puisque malgré l'imprécision persistante de cette notion (4), on s'accorde à reconnaître que la nature de droit public ou les objectifs spécifiquement politiques de certaines dispositions, peuvent constituer des critères d'identification de cette catégorie (5). Après le rejet en des termes clairs de cette thèse par

(1) V. *supra*, n°s 196 et s.

(2) Les décisions qui invoquent expressément cette thèse sont en réalité assez rares. V. notamment, Seine, 16 novembre 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.2.727, concl., Camboulives, Anvers, 5 janvier 1935, réformé par l'arrêt de Bruxelles du 4 février 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.1.513. — V. PERROUD, « De l'extension extraterritoriale des lois de police et de sûreté comme conséquences de l'autonomie de la volonté », *Clunet*, 1906.633. Plus récemment, opposé à l'applicabilité des lois de police étrangères F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, 1962, 275 p.

(3) Le principal obstacle viendrait d'une impossibilité de bilatéraliser la règle de l'art. 3, al. 1 du Code civil. Ce problème sera abordé plus loin (v. *infra*, n°s 280 et s.) mais on peut voir dès maintenant à quel point cette objection est en contradiction avec la règle de conflit qui rattache les délits à la *lex loci delicti*; or, on s'accorde à reconnaître que cette règle est fondée sur l'art. 3, al. 1 du Code civil (V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 557).

(4) Cf. VANDER ELST, *Les lois de police et sûreté en droit international privé français et belge*, Paris, t. I, 1956 et t. II, 1963.

(5) Pour les mêmes motifs, il paraît inutile de consacrer des développements particuliers à l'objection selon laquelle certaines dispositions étrangères seraient inapplicables en raison des *sanctions pénales* dont elles sont assorties. D'une part en effet, alors que l'expression de lois de police et de sûreté de l'art. 3 du Code civil visait sans aucun doute à l'époque de la rédaction les lois pénales, du moins en ce qui concerne les lois « de sûreté » (V. *Rép. Dalloz dr. int.*, v. *Conflits de lois*, par FRANCESCO, n° 101), les éléments de droit pénal d'une disposition sont restés un critère de distinction de la notion de loi de police et sûreté (V. notamment dans l'affaire *Le Kid*, Paris, 29 avril 1959, *Rev. crit.*, 1960, 484, note Loussouarn, et la critique de B. GOLDMAN, *Clunet*, 1960.144). D'autre part, si la territorialité du droit pénal reste un principe assez général malgré quelques exceptions (v. *Rép. Dalloz, dr. int.*, V° *Conflits de lois* (matière pénale) n°s 6 et s.), le principe ne joue que pour les aspects coercitifs des sanctions pénales. Ainsi le problème est-il en définitive sensiblement identique pour les lois étrangères de droit public ou de droit pénal, puisqu'il s'agit dans les deux cas de déduire les conséquences de celles-ci sur le terrain des droits privés. Rappelons au passage, que l'intégration du droit pénal aux matières de droit privé en France est toujours sujette à contestation.

la Cour de Bruxelles dans un arrêt du 4 février 1936 (1), la jurisprudence semble avoir préféré invoquer directement le caractère de droit public de certaines lois ou leur caractère politique pour écarter leur application par le juge étranger.

Si ces solutions ont reçu l'approbation d'une partie de la doctrine qui a tenté d'en justifier le bien fondé généralement par l'*exclusion de ces lois du domaine des conflits de lois*, la doctrine plus récente est dans l'ensemble plutôt favorable à une applicabilité de principe des lois de police étrangères. Cependant même les auteurs les plus ouverts à cette idée laissent subsister une catégorie de lois qui n'obéirait pas au même principe ; il en est ainsi, par exemple, des lois « égoïstes » ou « hostiles » pour M. Mezger (2), des lois « hétérogènes » pour M. Zweigert (3). Il apparaît alors que ces thèses sont proches de celle qui était fondée sur la notion de « loi politique » développée principalement par Arminjon (4), même si leur contenu est plus restreint. C'est pourquoi après avoir montré que la présence d'éléments de droit public dans une loi n'exclut pas nécessairement l'applicabilité de celle-ci à l'étranger (§ 1), il nous faudra constater que la notion de « loi politique » ou ses succédanés modernes ne légitiment pas davantage une telle exclusion (§ 2).

§ 1. — Critique de la thèse fondée sur la présence d'éléments de droit public

202. — L'idée selon laquelle les lois de police étrangères seraient inapplicables en dehors de l'Etat qui les a édictées, en raison des éléments de droit public qu'elles contiennent le plus souvent était, jusqu'à une période très récente, largement répandue. Le principe de l'*inapplicabilité du droit public étranger* paraissait si évident aux tribunaux qu'ils ne cherchaient généralement pas à en justifier le

(1) Cour de Bruxelles, 4 févr. 1936 *Emprunt Ville d'Anvers*, *Gaz. Pal.*, 1936.1. 513 : « Attendu qu'en réalité, le principe de la territorialité des lois de police et sûreté a une portée internationale ... Attendu en conséquence que le juge d'un Etat, s'il est fondé à appliquer le principe de la territorialité de ses lois de police et de sûreté, a par conséquent le devoir de respecter ce même principe lorsqu'il connaît des rapports juridiques tombant sous la compétence de lois étrangères du même genre... ». La Cour en déduit que si la *Joint Resolution* américaine abrogeant les clauses-or est une loi de police et sûreté, il en résulte « qu'elle est territoriale en ce sens que, dans le pays qui l'a édictée, elle s'applique sans aucune exception, mais non qu'elle pourrait jamais s'imposer au respect du juge étranger... ».

(2) MEZGER, *Rev. crit.*, 1961.318, note sous Cour féd. République fédérale d'Allemagne, 17 déc. 1959, spéc. p. 323.

(3) ZWIEGERT, « Droit international privé et Droit public », *Rev. crit.*, 1965.665. On pourrait être tenté de les appeler lois « antipathiques » puisque M. Zweigert les oppose aux lois « sympathiques ».

(4) ARMINJON, « Les lois politiques et le droit international privé », *Rev. crit.*, 1930.385.

fondement. Pour ce faire, c'est à la doctrine qu'il faut s'adresser. Or les arguments invoqués relèvent parfois davantage d'une pétition de principe que d'un fondement rationnel. Même si l'on devait reconnaître l'existence d'un tel principe, il n'aurait qu'une portée limitée et ne concernerait nullement les lois de police, où les éléments de droit public sont si intimement liés aux éléments de droit privé qu'ils ne font pas obstacle en eux-mêmes à leur application par un juge étranger, sauf à recourir au procédé spécifique de la matière des conflits de lois, l'*ordre public* (1). Si la doctrine moderne est dans l'ensemble favorable à un abandon de ce principe (2), quelques décisions récentes (3) ont plus timidement tenté de l'atténuer (4), en faisant appel à une distinction fondée non plus sur la nature des dispositions en cause mais sur le but qu'elles poursuivent, distinction assez proche en vérité de la notion de « lois politiques » et qui ne légitime pas davantage une inapplicabilité de principe (5). Après avoir évoqué rapidement les principaux échos que la thèse de l'inapplicabilité des lois de police étrangères, en raison de leurs éléments de droit public, a eus en jurisprudence et les fondements qui lui sont reconnus par la doctrine (A), nous verrons que ceux-ci ne justifient pas un tel principe (B).

(1) V. *infra*, n° 223 et s. Si quelques décisions anglo-saxonnes ont invoqué directement l'ordre public, à l'encontre de lois étrangères de droit public, elles furent critiquées par la doctrine qui estimait que la territorialité de ces lois était une meilleure justification. V. WOLFF, 2^e éd., 1950, p. 171 et s.

(2) La tendance à l'abandon du principe de l'inapplicabilité des règles de droit public étranger est particulièrement vive en Allemagne et en Suisse. V. principalement ZWIGERT qui préconisa tout d'abord la reconnaissance des interdictions d'exécution relevant du droit public étranger « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote », *Rabels-Z* 14 (1942), p. 283 et s., puis aborda le problème sous un angle plus général (« Droit international privé et Droit public », *Rev. crit.*, 1965.645 et s.). — En Suisse, le principal tenant de cette tendance est M. HEIZ, *Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht*, Zurich, 1959. V. également LALIVE, « Droit public étranger et ordre public suisse », *Eranion Maridakis*, Athènes, 1964, t. III.193 (*Contra*, F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962, 275 p.). Cependant, même les auteurs qui paraissent admettre l'existence d'un principe d'inapplicabilité des lois de droit public étrangères, ont toujours reconnu des limites à ce principe et estimé que la prise en considération de telles lois était parfois nécessaire. Cf. sur ce point H. BATIFFOL, *Le domaine du règlement des conflits de lois*, Cours I.H.E.I., 1962.63, t. II, p. 102 ; *Traité* 4^e éd., n° 245, *adde*, 5^e éd., n° 245 et s. ; V. NIBOYET, « Les doubles impositions au point de vue juridique » *Rec. Cours La Haye*, 31.1930, t. I, p. 1 et s. « qu'on le veuille ou non, en droit international privé, on est bien obligé de faire une place aux lois de droit public étranger, de les appliquer et d'en résoudre les conflits » (p. 49 et 50).

(3) V. notamment, Trib. féd., Suisse, 2 février 1954, *Amon/Royal Dutch*, A.T.F., 80.II.53 ; Cour féd. République fédérale d'Allemagne, 17 décembre 1959, *Créance Woëllert*, *Rev. crit.*, 1961.313, note Mezger.

(4) D'autres décisions paraissent donner des solutions plus exactes, dans la mesure où l'application des lois de police étrangères est mise en doute sur le terrain de l'ordre public, v. *infra*, n° 223 et s. *Adde* les motifs de l'arrêt de Rouen 20 mars 1968, cité *infra*, n° 213.

(5) V. *infra*, n° 296 et s.

A. — L'INAPPLICABILITÉ DES LOIS ÉTRANGÈRES DE DROIT PUBLIC.
JURISPRUDENCE ET FONDEMENTS.

203. — Le principe de l'inapplicabilité des lois étrangères de Droit Public a le plus souvent été invoqué à l'étranger, particulièrement (1) en Allemagne, en Autriche et en Suisse (2), à l'encontre des lois monétaires (3) ou des législations de change étrangères (4). Il l'a été également en France, non pas tant en cette matière, par suite de la position particulière de la jurisprudence française relative aux obligations monétaires (5), que dans un cas, où la solution était encore plus contestable. La Cour de Besançon a, en effet, dans un arrêt du 14 mai 1959 (6) refusé de tenir compte de la subrogation de la Caisse nationale Suisse d'assurances dans les droits de l'assuré, résultant de la loi suisse, au motif que celle-ci était une loi de droit public étranger et qu'il n'appartenait pas aux juridictions françaises de fonder sur une telle loi une condamnation à l'encontre d'un débiteur français, domicilié en France. Outre le fait qu'elle ne justifie pas

(1) En Grande Bretagne également, ce principe est invoqué relativement aux lois de droit public, aux lois pénales ou fiscales ; cependant, l'application de ce principe est plus nuancée et plus limitée. D'une part, les tribunaux admettent plus difficilement que les lois étrangères présentent ces caractères, et notamment, ils n'ont invoqué aucune objection de cette sorte pour écarter les lois monétaires, contrairement aux juridictions de la plupart des pays, d'autre part, ils ne refusent pas toujours de les « prendre en considération » à défaut de les appliquer totalement. V. sur ce point, WOLFF, 2d, 1950, Oxford, p. 171 et s. ; CHESHIRE, 6d, 1961, Oxford, p. 136 et s. ; LIPSTEIN, *Clunet*, 1961.1133.

(2) V. les décisions citées par NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR*, Zurich, 1961, p. 307 et s.

(3) V. DONKER CURTIUS, « Le caractère de droit public des législations abrogatives des clauses-or », *Clunet*, 1939.31 et s.

(4) Pour une étude générale de la jurisprudence relative aux législations de change étrangères, v. notamment, LARS A.E. H. JERNER, *Främmande valutatlag act international privaträtt*. Stockholm, 1956. Upsala 712 p. (sommaire en anglais) (compte rendu LAMBERT, *Rev. crit.*, 1959.778) et T. TREVES. *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*. Padoue 1967. Cedam 345 p.

(5) La jurisprudence française excluant le recours à la technique des conflits de lois en matière monétaire (v. *infra*, n^{os} 335 et s.) le problème de l'application des lois étrangères ne se pose généralement pas (v. cependant, l'arrêt des *Messageries Maritimes*, Cass., 21 nov. 1950, D. 1951.749, note Hamel, J.C.P., 1950.II. 5812, note J. Ph. Lévy, *Rev. crit.*, 1950.609, note H. Batiffol, qui écarte la loi canadienne abrogeant les clauses-or au nom de l'ordre public). Dans d'autres cas, où la technique des conflits de lois était utilisée, la jurisprudence a eu recours à d'autres subterfuges pour rendre la loi française compétente (v. par exemple, l'arrêt *French Republic*, C.E., 28 novembre 1958, *Rev. crit.*, 1961, somm., 834, *Clunet*, 1960.440, *Rev. dr. public*, 1959.375). En ce qui concerne les législations de change étrangères, la jurisprudence française les écarte systématiquement, sauf si le pays dont elles émanent fait partie du Fonds Monétaire International et a souscrit aux Accords de Bretton-Woods (v. *infra*, n^{os} 229 et s.)

(6) Besançon, 14 mai 1959, D., 1959.515, note critique Esmein, *Rev. crit.*, 1960.67, note Y.L., *Clunet*, 1960.778, note Bredin.

le principe auquel elle paraît faire appel (1), la décision appelle la critique. La nature qu'elle reconnaît à la subrogation est plus que douteuse. Sans doute la Caisse nationale Suisse d'assurances est-elle un service public, où sont nécessairement affiliés salariés et employés domiciliés en Suisse, analogue aux Caisses de sécurité sociale (2), mais on ne voit guère pourquoi il en résulterait que la subrogation la concernant soit de droit public. Ni la considération selon laquelle elle serait déroгatoire au droit commun (3), ni ses objectifs de protection sociale ou d'ordre public interne suisse, que relève la Cour, ne suffisent à leur conférer ce caractère. En définitive, la motivation (4) semble plutôt destinée à masquer le nationalisme de la solution, où la nationalité française comme la résidence en France du débiteur paraissent avoir joué un rôle important. Sans nous attarder davantage à l'étude et à la critique des décisions qui ont fait appel plus ou moins expressément au principe de l'inapplicabilité des lois de droit public étrangères, voyons quelles explications sont fournies par la doctrine pour justifier un tel principe.

204. — Mise à part une explication, que nous rejetons d'emblée (5), selon laquelle le droit public étranger serait inapplicable hors de l'Etat qui l'a édicté du seul fait que le droit international privé ne concerne que les relations privées internationales (6), on peut regrouper autour de deux idées les arguments de la doctrine qui justifieraient l'existence d'un principe d'inapplicabilité du droit public étranger. La première est que, les règles de droit public étant par essence territoriales (7), ne sauraient être l'objet de règles de

(1) V. pour l'affirmation d'un *principe contraire*, toujours en matière de subrogation légale et sans davantage de justifications, l'arrêt rendu 9 ans plus tard par la Cour de Rouen (Rouen, 20 mars 1968, *Rev. crit.*, 1970.70, note Jambu-Merlin). Sur cet arrêt, v. *infra*, nos 213, 214 et 321.

(2) V. *infra*, n° 321 les décisions plus récentes qui ont admis le recours subrogatoire de caisses d'assurances sociales en vertu de lois étrangères.

(3) Cette considération paraît excessive compte tenu de la généralisation de la subrogation en matière d'assurance en France. Celle-ci n'est sans doute prévue que pour l'assurance de dommages matériels, mais elle n'est pas interdite dans les autres cas.

(4) La Cour justifie également sa décision par le caractère territorial des sanctions pénales et civiles d'un délit (*Rev. crit.*, 1960.71). Etant donné le sens que la Cour donne ici au mot « territorial », on peut s'étonner qu'elle l'applique aux sanctions civiles qui ne sont territoriales qu'au sens précisé, *supra*, note 5. p. 168, c'est-à-dire que le juge les appliquera si les faits constitutifs du délit se sont déroulés sur le territoire. De même, le refus de la Cour de tenir compte de l'ordre public étranger est hors de propos, étant donné que la loi suisse était compétente en vertu de la règle de conflit française.

(5) Il s'agit, en effet, davantage d'une négation du problème que d'une explication. Le droit international privé a au contraire pour objet de régir toutes les relations internationales affectées par la diversité des droits internes.

(6) ZITELMANN, IPR, 2^e éd., I pp. 329-330.

(7) On peut s'étonner avec FEDOZZI (*De l'efficacité extraterritoriale des lois et actes de droit public*, *Rec. Cours, La Haye*, 1929, t. 27 p. 9), que la doctrine n'ait

conflit, du moins de règles de conflit bilatérales (1) ; la seconde est que, si ces règles étrangères étaient appliquées, le juge national serait mis au service de la puissance publique étrangère, portant ainsi atteinte au principe de la répartition des souverainetés (2).

Ces deux ordres d'arguments sont apparemment contradictoires ; si le premier était suffisant il serait inutile de faire appel au second. Pris isolément, ils ne sont pas davantage satisfaisants : que le droit public étranger ne puisse jamais être désigné par une règle de conflit ou qu'il ne puisse être appliqué relève d'une pétition de principe (3) assez éloignée de la réalité.

B. — CRITIQUE DES ARGUMENTS INVOQUÉS.

205. — Il convient donc d'atténuer le caractère absolu de l'affirmation selon laquelle une loi de droit public étrangère ne pourrait faire l'objet d'une désignation par une règle de conflit 1),

pas cherché à justifier ce caractère territorial tant elle en était convaincue. On peut d'ailleurs remarquer que la doctrine ancienne, notamment Mancini et Pillet, mettait sur un même plan le *droit public*, l'*ordre public*, les *droits réels*. L'équivalence entre le droit public et l'ordre public apparaît par exemple dans une résolution de l'Institut de Droit International (session d'Oxford de 1880) selon laquelle les lois étrangères ne devaient pas être reconnues dans l'Etat du for si elles étaient en opposition avec le droit public ou l'ordre public du for. Sur la confusion entre l'ordre public et le droit public, v. également QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 3^e éd., 1961, p. 291.

(1) L'idée selon laquelle les règles de conflit en matière de droit public ne sauraient être qu'*unilatérales*, le juge se bornant à délimiter le domaine d'application du droit interne, a été développée principalement par Karl NEUMAYER, *Internationales Verwaltungsrecht*, t. IV, 1936 (v. p. 120 et s.). Plus récemment, dans le même sens, quoique sur des fondements différents, un autre auteur allemand, Klaus VOGEL, a tenté d'expliquer pourquoi le caractère unilatéral serait inhérent aux règles de droit public par opposition aux règles de droit privé qui peuvent faire l'objet de règles de conflit bilatérales. Il reprend, pour ce faire, les remarques de Savigny sur le caractère *pré-étatique* des règles de droit privé qui légitimerait l'adoption d'un principe différent de celui qui régit les règles de droit public, lesquelles au contraire émanent directement de l'Etat et s'identifient en quelque sorte à l'Etat (Klaus VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungs-rechtsnorm*, thèse, Hambourg, 1963, Francfort-Berlin, 1965. v. l'analyse de cet ouvrage par ZWIEGERT, *Rev. crit.*, 1965.663 et s.). A vrai dire, l'opposition ne paraît pas correspondre à l'état actuel du droit : le droit privé émane de l'Etat tout autant que le droit public (Dans ce sens également ZWIEGERT, *op. cit.*, p. 665).

(2) Dans ce sens FEDOZZI, *Diritto internazionale privato*, p. 200. C'est une explication sensiblement équivalente que donne CHESHIRE (*Private International Law*, 6^e éd., 1961, Oxford) de la jurisprudence anglaise qui écarte l'application des lois pénales étrangères (*op. cit.*, p. 138 et s.).

(3) Dans le même sens ZWIEGERT, *Rev. crit.*, 1965.651. Au reste, on peut se demander s'il s'agit d'un « principe » de droit international privé ou de droit international public ? V. sur cette question LALIVE, « Droit public étranger et ordre public suisse », *Eranion Maridakis*, t. III, Athènes, 1964, p. 189 et s., spéc., p. 195.

puis de montrer que le principe des souverainetés ne s'oppose pas davantage à l'application d'une telle loi 2).

1. *La désignation d'une loi de droit public par une règle de conflit* (1)

206. — Tout d'abord, il faut, semble-t-il, écarter tout lien de cause à effet entre la *territorialité* des règles de droit public et l'existence de règles de conflits simplement *unilatérales* en cette matière — si par hypothèse, on tenait pour exacts ces deux principes —. Le seul point commun de ces deux doctrines tient à leur point de départ, à savoir la *considération du système juridique du for*. Ainsi, par exemple, du fait que le droit public français est applicable sur le territoire français, on déduit que le droit public est territorial. De même, si on estime qu'il n'existe que des règles unilatérales en cette matière, c'est parce qu'on se préoccupe seulement du domaine d'application de la loi du for. Le même raisonnement avait été tenu à une certaine époque à l'égard des règles de droit privé (2). Or en droit privé, on prit très rapidement conscience de la possibilité, voire de la nécessité, d'avoir recours aux lois étrangères, lorsque la question à régler n'entraînait pas dans le domaine d'application de la loi du for. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour les règles de droit public ? (3)

L'obstacle ne vient certes pas toujours de la structure de ces règles (4). Il semble résulter en grande partie de ce que, si l'on est arrivé à dépasser en matière de droit privé l'idée que les conflits de lois reposaient sur un *conflit de souverainetés*, on n'y soit pas encore

(1) Les développements qui suivront diffèrent de ceux qui trouveront leur place dans le chapitre suivant relatif au rattachement des lois de police (n°s 239 et s.). Il s'agit simplement ici de montrer que la désignation d'une loi de droit public par une règle de conflit n'est pas totalement inconcevable.

(2) D'ailleurs, même jusqu'à une époque très récente certains auteurs étaient, et sont partisans du caractère unilatéral des règles de conflit même en matière de droit privé, tel Niboyet, Pilenko, Schnell, Quadri. Cf. VIVIER, « Le caractère bilatéral des conflits de lois », *Rev. crit.*, 1953.655 et s., 676 et s. — V. sur ces conceptions, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 250, et l'importante étude récente de P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.1. et s., 209 et s., 415 et s.

(3) Répondre qu'aucun Etat n'a intérêt à déterminer le domaine d'application des règles étrangères de droit public, celles-ci servant non pas ses intérêts, mais ceux d'un Etat étranger (v. in ZWEIFERT, *Rev. crit.*, 1965.650) n'est guère convaincant. Il faut reconnaître que cette explication relève d'une conception bien primitive des rapports internationaux et qui à l'extrême, pourrait conduire également à se désintéresser des règles étrangères de droit privé. L'explication fournie par M. VISCHER (*Internationales Vertragsrecht*, p. 201 et s.) n'est pas plus convaincante bien qu'elle réponde à des considérations moins « égoïstes ». Selon cet auteur en effet, il n'y aurait aucun intérêt à vocation internationale typique commandant l'application ou la non application du droit public étranger.

(4) *Contra*, Klaus VOGEL, *op. cit.*, *supra*, note 1 p. 173.

parvenu en matière de droit public, dans la mesure où on considère le droit public comme une émanation de la souveraineté de l'Etat. Cette conception serait de nature à entraver peut-être l'application d'une loi étrangère de droit public (1), plus qu'elle ne s'opposerait à une éventuelle désignation d'une telle loi par une règle de conflit, qui correspond quant à elle, à la nécessité de rechercher la loi la plus qualifiée à régir un rapport donné (2). C'est ainsi que récemment, on a pris conscience qu'il pouvait exister des *règles de conflits bilatérales* utilisant les critères de localisation du droit international privé (3), même en ce qui concerne les lois qu'on pourrait appeler de « *pur droit public* » (4), alors qu'il était concevable que celles-ci aient un domaine essentiellement territorial fixé unilatéralement, du fait de leur étroite connexité avec l'exercice de la puissance publique de l'Etat ou de ses organes (5).

207. — Si la méthode du droit international privé est transposable dans ce domaine, elle l'est *a fortiori* lorsqu'il s'agit de dispositions de droit public qui exercent une influence sur le droit privé (6).

(1) V. *infra*, n° 212 et s.

(2) Sur l'opportunité d'inclure les lois de droit public dans les conflits de lois, v. BATIFFOL, *Rec. Cours La Haye*, 1948, vol. 72 et 73, t. I et II.

(3) V. FREYRIA, « La notion de conflits de lois en droit public », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1962.64, p. 103 et s. L'idée a été développée par Zweigert, qui souligne l'apparition de telles règles particulièrement en droit administratif et en droit pénal (ZWEIGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.665 et s., spéc. 662 et s.). V. déjà CARABIBER, « De l'application des règles de conflits des lois étrangères de droit public et la réserve de l'ordre public », *Nouv. Rev.*, 1939.98 et s.

(4) Il paraît nécessaire de faire une distinction entre les lois de « pur droit public » et celles dont la qualification de droit public est plus incertaine, faute d'un critère suffisamment précis de différenciation (v. *infra*, n° 209). Peuvent être considérées comme des *lois de pur droit public*, les règles relatives au fonctionnement des organes de l'Etat et les règles relatives aux rapports entre l'Etat et les particuliers fondées sur la puissance publique de l'Etat. (Ce critère a été adopté notamment par la Cour suprême des restitutions de Rastatt, 15 févr. 1952, *Rev. crit.*, 1954.145, note Motulsky). On peut également assimiler à cette catégorie, les règles dont la mise en œuvre est liée à la compétence juridictionnelle des tribunaux nationaux ou à la compétence administrative d'un organe dépendant de l'Etat.

(5) Ainsi dans les deux derniers exemples donnés à la note précédente, on conçoit fort bien que ces organes ne puissent appliquer une loi autre que la leur et qu'un tribunal étranger ne soit pas à même de faire application de règles dont la mise en œuvre est liée à l'existence d'organes spéciaux. Pour reprendre les données de l'affaire *Boll* par exemple (*Rev. crit.*, 1958.713 et 1959.259), de même que l'application de la loi néerlandaise par les autorités administratives suédoises était inconcevable, de même les mesures d'assistance éducative de la loi suédoise n'auraient-elles pu être assurées par une juridiction non suédoise.

(6) On trouve une distinction semblable dans NIEDERER, *Einige Grenzfragen des Ordre public...*, 1954, p. 94 qui oppose les règles de droit public purement territoriales aux règles de droit public qui servent à la réalisation du droit privé, et qui sont applicables à l'étranger. V. également VENTURINI, « La disciplina

Dans cette hypothèse, la *désignation* de la loi compétente (1) selon les règles du droit international privé *comporte légitimement* aussi bien les *éléments de droit public* de ce système que ceux de *droit privé* (2). L'affirmation se vérifie d'abord, par le fait que les tribunaux ont parfois invoqué l'ordre public en même temps que le prétendu principe de l'inapplicabilité du droit public étranger. Si l'on veut admettre que c'est à la conception actuelle de l'ordre public qu'il est ainsi fait appel, c'est-à-dire au moyen d'éviction de la loi normalement compétente, c'est donc bien que la législation étrangère en question a été désignée comme un tout par la règle de conflit. Sur un plan logique, ensuite, une désignation globale de la législation compétente paraît souhaitable, si l'on considère l'*interpénétration* croissante des règles de droit privé et public qui caractérise le droit moderne (3). Ce phénomène, qui se traduit par ce qu'un auteur a pu appeler l'apparition de « zones grises » (4), rend encore plus illusoire une distinction, déjà relative (a) et incertaine (b), et qui ne peut, par conséquent, servir de fondement à un principe de solution.

208. — a) La distinction entre le droit privé et le droit public (5) est en effet *relative* (6), aussi bien dans le temps que dans l'espace. Le

degli infortuni del lavoro nel diritto internazionale privé », *Riv. dir. lavoro*, 1951, selon lequel sont inapplicables à l'étranger seules les dispositions de droit public qui ont trait aux rapports auxquels participent par voie d'autorité, l'Etat ou un autre organisme public avec les prérogatives de la puissance publique.

(1) Ceci est vrai lorsque la loi du contrat est compétente et nous verrons que cela est également possible si l'on admet que les lois de police obéissent à un rattachement spécial.

(2) Dans ce sens également VENTURINI, « Il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato in presenza di leggi straniere di diritto pubblico », *Giur. comp. dir. int. pr.*, 1941, t. VII, p. 290 et s. ; QUADRI, « Leggi politiche e diritto internazionale privato 1943 », in *Studi critici di diritto internazionale*, Milan, 1958, vol. I, p. 363 et s., spéc. 371. Dans ce sens également BALOGH, *Le rôle du droit comparé en droit international privé*, p. 660 qui estimait que pour cette raison la Joint Resolution américaine de 1933 abrogeant les clauses-or était applicable à l'étranger.

(3) V. notamment SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 1950, 2^e éd., p. 4 et 5 ; ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 1951, 2^e éd., p. 34 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, 3^e éd., p. 254, n° 222, 8^e éd., par LOUSSOUARN, n° 319 ; ZWIGERT, *Rev. crit.*, 1965.646 et 647, qui écrit : « aucune règle de droit public n'est ainsi faite qu'on puisse exclure d'emblée tout rejaillissement sur le droit privé ». — V. également dans les pays de l'Est, MEZENERICS, « Application of Foreign Exchange Laws by Foreign Courts », *Acta juridica*, Budapest, 1963, p. 43 et s., p. 52.

(4) FEDOZZI, *Rec. Cours La Haye*, 1929, t. 27, p. 196 et s. ; *Diritto internazionale privato*, p. 14.

(5) V. Raymond GUILLIEN, « Droit public et droit privé », *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, p. 311 et s.

(6) ZWIGERT, *Rev. crit.*, 1965.646, estime que c'est une notion typiquement continentale. Il faut cependant reconnaître que la notion existe dans les pays anglo-saxons, même si les conséquences ne sont pas aussi importantes que celles qu'on lui attribue dans les pays continentaux.

régime de la propriété était considéré à l'époque féodale comme faisant partie du droit public, alors qu'à notre époque, il semble ne pas faire de doute, qu'il s'agit bien de règles de droit privé (1). En matière de droit du travail, la relativité de la distinction est particulièrement évidente, certaines dispositions paraissent relever du droit public en France alors qu'elles relèvent du droit privé ailleurs, et vice versa (2). Or cette relativité pose un problème de *qualification*, qui sur le plan international, est résolu en fonction de la *lex fori* (3). Il est assez paradoxal que ce soit le juge du for qui penche pour une qualification ou pour une autre, alors qu'il n'a pas les éléments d'appréciation suffisants pour le faire, et que cette opération est déjà incertaine lorsqu'il doit l'accomplir dans son propre système juridique. En définitive, et nous aurons l'occasion de revenir sur cette idée, ce n'est pas la nature des dispositions qui guideront le juge mais leur teneur, et on retombe une fois encore sur l'intervention de l'ordre public.

209. — b) La distinction entre droit privé et droit public est, en effet, *incertaine* dans un système juridique donné (4). Il apparaît impossible de dégager un critère suffisamment précis pour tracer une frontière entre le droit privé et le droit public. Un juriste suisse aurait paraît-il, dénombré 17 théories tentant de trouver un critère à cette fin (5) ! Pour n'en retenir que les plus répandues, la plupart des critères qu'elles proposent contiennent des insuffisances, qu'ils soient fondés sur le caractère impératif des règles de droit public, opposé au caractère supplétif du droit privé (6), sur le caractère pénal des sanctions de leur inobservation, ou qu'ils soient fondés sur la qualité des sujets (7), ou sur l'objet (8) des règles de droit public.

(1) Peut-être d'ailleurs pourrait-on faire un rapprochement entre cette origine, et le fait que la législation relative aux droits réels immobiliers ait un caractère territorial.

(2) Cf. sur ce point, l'article de Neumayer, précité.

(3) FEDOZZI, *Rec. Cours La Haye*, t. 27, 1929, p. 16 et s. ; LALIVE, « Droit public étranger et ordre public suisse », *Eranion Maridakis*, 1964, t. III, p. 193.

(4) M. MOTULSKY (*Rev. crit.*, 1954.153) estime même que la distinction ne se conçoit pas dès que des rapports patrimoniaux entre particuliers sont en jeu, alors qu'il admet que, hors ces cas, le droit public est caractérisé par des normes de *subordination*, le droit privé par des normes de *coordination*.

(5) V. W. RIPHAGEN, « The Relationship Between Public and Private Law and Rules of Conflict of Laws », *Rec. Cours La Haye*, 1961, t. 102, p. 215-334, spéc. p. 219.

(6) LÉVY-ULLMANN, *Bull. soc. lég. comp.*, 1917-18, p. 33 et s.

(7) Dans ce sens avec réserve, BATIFFOL, *Cours I.H.E.I.*, 1962-63, t. 2, p. 118. Dans ce sens, comme l'un des critères possibles, F. RIGAUX, « Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international », *Mélanges Dabin*, 1963, t. I, p. 247 et s.

(8) MAURY, « Règles de conflits de lois », *Rec. Cours La Haye*, 1936, t. III, p. 407 et s., spéc. 409 ; LAURENT, t. II, p. 346 et t. VII, p. 512.

210. — Que le caractère impératif de certaines règles ne soit pas un critère distinctif relève de l'évidence. Si l'on admet généralement que le droit public a pour caractéristique d'être toujours impératif, il n'en reste pas moins que le droit privé est également doté de nombreuses dispositions impératives (1), cela en dehors même des lois pour lesquelles nous avons constaté l'interpénétration des éléments de droit privé et de droit public. Le caractère pénal des sanctions qui serait l'apanage des règles de droit public n'est pas davantage un critère suffisant. D'une part, une même règle peut être assortie de sanctions à la fois civiles et pénales, ainsi par exemple en matière de législation de change, d'autre part une sanction pénale peut revêtir l'aspect d'une peine privée, et relève à ce titre du droit privé (2). De même, ne sont pas nécessairement des règles de droit public les règles dont les sujets sont l'Etat ou ses organes, dans la mesure où l'activité de l'Etat est devenue souvent très proche de celle des particuliers et que son activité n'est pas soumise à des règles spéciales (3). Enfin, l'objet ou le but des règles n'est pas un critère suffisant. Le fait, tout d'abord, que certaines règles contribuent à l'organisation de l'Etat n'implique pas qu'elles soient de droit public, cette idée d'organisation étant précisément l'une des caractéristiques de ces lois de police (4). Il paraît ensuite inexact de dire que le droit public a pour objet les intérêts généraux, alors que le droit privé viserait uniquement les intérêts particuliers. La distinction entre les intérêts généraux et les intérêts particuliers n'est guère plus facile à saisir que celle pour laquelle nous recherchons un critère de délimitation. Toutes règles de droit visent à un degré plus ou moins élevé les intérêts généraux (5), et si les intérêts généraux n'étaient pas en cause, le législateur n'interviendrait pas (6).

211. — Le caractère relatif et incertain de la distinction entre droit privé et droit public, démontre que même si l'on reconnaît

(1) BATIFFOL, *Le domaine du règlement des conflits de lois*, Cours I.H.E.I., 1962-63, t. II, p. 117; EISENMANN, « Droit privé-Droit public », *Rev. de droit public et de science politique*, 1952.903 et s.

(2) Dans ce sens, v. Cour suprême de Colombie britannique de 1960. *Rosenkrantz/Union Contractors Ltd and Thornton* (1960) 23 DLR (2d), 473, *Clunet*, 1964.850, qui a estimé que la loi étrangère qui imposait une amende au profit de l'emprunteur d'une somme d'argent à un taux usuraire n'était pas une loi pénale — et était par conséquent applicable —, une loi n'étant pénale que si elle sert de fondement à une poursuite en justice au nom et au profit de l'Etat. Dans le même sens relativement à une peine privée, v. l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis de 1892, *Huntington/Atrill*, 146.U.S.657.

(3) V. BATIFFOL, Cours précité, p. 119.

(4) V. FRANCESCOAKIS, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Conflits de lois*, nos 125 et 126.

(5) V. *infra*, note 4, p. 226, la distinction faite, cette fois, entre les lois de droit privé par Pillet, celle des lois de production individuelle et des lois de garantie sociale.

(6) V. BATIFFOL, Cours précité, p. 117.

quelque spécificité à la notion de droit public, elle n'est pas un obstacle à sa désignation par une règle de conflit. Il paraît donc inexact de justifier le principe d'inapplicabilité des lois de droit public étrangères par le fait qu'elles ne pourraient être désignées par une règle de conflit. Le second argument qui justifierait l'existence d'un tel principe, à savoir la mise en cause de la répartition de souverainetés par l'application d'une loi de droit public étrangère, n'est pas davantage satisfaisant.

2. L'application d'une loi de droit public étrangère

212. — Le juge étranger ne se met pas plus au service de la puissance publique étrangère qu'il n'abdique la souveraineté de l'Etat au nom duquel il rend la justice, lorsqu'il a à appliquer une loi qui paraît contenir des éléments de droit public que lorsqu'il s'agit d'une loi de pur droit privé. La souveraineté de l'Etat se manifeste sur le plan législatif par un pouvoir de *commandement* et par un pouvoir de *coercition* qui sont dissociables sur le plan international (1). Seul le pouvoir de coercition ne peut s'exercer sur le territoire d'un autre Etat (2), et il est tout à fait légitime que le juge étranger, sauf conventions internationales, ne se substitue pas aux autorités qui possèdent ce pouvoir de coercition. Mais en ce qui concerne le pouvoir de commandement, il est concevable qu'il s'exerce en dehors du territoire, sauf pour le juge saisi à invoquer l'ordre public (3).

213. — De plus, il convient de faire deux remarques, qui montrent que la notion de souveraineté n'a pas sa place dans ce débat.

D'une part, il s'agit le plus souvent, non pas de mettre en œuvre une règle de droit public étrangère, mais de constater les effets d'un droit acquis en vertu de ce droit étranger (4) C'est, sans doute, la prise de conscience de cette réalité qui explique l'affirmation — nouvelle en jurisprudence —, de la Cour de Rouen du 20 mars 1968 (5) selon laquelle « en droit international privé, il est de règle, en France, que les droits acquis à l'étranger en vertu d'une loi de droit public étrangère peuvent être valablement invoqués dans la

(1) FEDOZZI, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et actes de droit public », *Rec. Cours La Haye*, 1929, t. 27, p. 23 et s.

(2) V. notamment F. A. MANN, « Öffentliche Ansprüche im Internationalen Rechtsverkehr », *RabelZ'* 21 (1956), p. 3 et s.

(3) V. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n° 53 et s.

(4) BATIFFOL, *Le domaine du règlement des conflits de lois*, Cours I.H.E.I., 1962-63, t. II, p. 102. C'est ainsi d'ailleurs qu'on peut expliquer la jurisprudence nuancée des tribunaux anglo-saxons qui font une distinction entre la prise en considération d'une loi de droit public et son application. V. sur ce point, CHESHIRE, *P.I.L.*, 1961, 6^e éd., Oxford, p. 140 et s.

(5) Rouen, 20 mars 1968, *Rev. crit.*, 1970.70, note Jambu-Merlin (v. *infra*, n° 321 et s.).

mesure où ils ne sont pas contraires à l'ordre public ». Un parallèle peut être ainsi fait entre la prise en considération des lois de droit public étranger et la reconnaissance des jugements étrangers (1).

D'autre part, il s'agit de reconnaître les *effets de droit privé* d'une disposition de droit public (2). Ainsi, par exemple, lorsqu'il est question de l'applicabilité d'une législation de change étrangère, c'est seulement l'incidence de celle-ci sur la validité ou l'exécution du contrat qui est en cause (3).

214. — Il semble donc que les arguments avancés pour soutenir l'existence d'un principe de non-applicabilité des lois de droit public étrangères ne permettent pas de justifier l'existence d'un tel principe relatif aux lois de police étrangères qui paraissent contenir des éléments de droit public, que ce soit au stade de la désignation de ces lois ou à celui de leur application. Pour cette raison, il nous paraît que les décisions qui invoquent ce principe, le font surtout en vue d'écarter des dispositions étrangères dont le juge du for, à tort ou à raison, *ne tient pas à assurer les objectifs*, et dans ce cas, *l'intervention de l'ordre public serait un procédé plus correct* (4).

Indépendamment de l'arrêt de Rouen qui va même jusqu'à affirmer, dans les termes rappelés plus haut (5), comme allant de soi une règle qui n'était guère évidente — et que prudemment la Cour de cassation n'a pas repris à son compte (6) —, cette idée est confirmée par quelques décisions rendues à l'étranger qui ont laissé entendre que le principe de l'inapplicabilité des lois étrangères de droit public pouvait comporter des exceptions. Ces décisions, bien qu'elles ne fassent pas appel à l'ordre public, admettent que le droit public étranger ne peut être écarté « pour la seule raison que par sa nature juridique, il est du droit public » (7), mais que la solu-

(1) H. BATIFFOL, *Traité*, 4^e éd., n° 254.

(2) Dans ce sens également NEUMAYER, art. préc., in *Rev. crit.*, 1957.588, qui admet que les règles qui sanctionnent les interdictions ou les prescriptions de droit public font partie du droit privé. — V. pour l'effet d'une disposition de droit public marocain sur un contrat de vente soumis au droit tchécoslovaque, Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Tchécoslovaquie, 2 novembre 1954, *Clunet*, 1956.488.

(3) V. KOEPEL, *Die Deutsche Devisengesetzgebung im I.P.R.*, 1938, p. 21.

(4) Dans ce sens également HEIZ, *Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht*, Zurich, 1959, p. 137 et s.; LALIVE, « Droit public étranger et ordre public suisse », *Eranion Maridakis*, t. III, Athènes, 1964, p. 194.

(5) V. *supra*, n° 213.

(6) La Cour de cassation, en effet, tout en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de Rouen, ne reprend pas les termes utilisés par cette Cour. S'agit-il d'une approbation ou d'une improbation implicite, il est bien hasardeux d'en décider. V. sur ce point les observations de LA PRADALLE, *Clunet*, 1970.934 et s., note sous Civ., 1^{re}, 17 mars 1970, *Rev. crit.*, 1970.688, note Lagarde (v. *infra*, n° 323).

(7) Trib. féd. suisse, cité à la note suivante.

tion dépend du but visé par ces dispositions. Le Tribunal fédéral suisse (1), par exemple, oppose les règles étrangères de droit public qui ont pour objet de protéger des intérêts privés et qui sont applicables, à celles qui servent les besoins immédiats de l'Etat, qui elles sont inapplicables. La Cour fédérale de la République fédérale d'Allemagne fait une distinction semblable dans son arrêt du 17 décembre 1959 (2). Il faudrait distinguer, d'après la Cour, selon qu'« une restriction de droit public du pouvoir de disposer sert non pas à harmoniser des intérêts privés dignes de protection, mais à réaliser des objectifs économiques ou politiques de l'Etat ». Sans doute, cette distinction fondée sur celle des intérêts privés et des intérêts publics (3) n'est-elle pas plus satisfaisante lorsqu'elle conduit à opposer les bonnes et les mauvaises lois de droit public, que lorsqu'elle était proposée pour délimiter les lois de droit privé des lois de droit public. Cependant, ces décisions sont intéressantes dans la mesure où elles font apparaître que ce sont bien les *objectifs* des lois de droit public qui font douter de l'applicabilité et non leur *nature* même.

Bien que leurs motifs paraissent proches des thèses qui soutiennent l'inapplicabilité des lois de police étrangères en raison de leur caractère de « lois politiques » qui seront maintenant évoquées, ces décisions pourraient constituer une étape vers l'utilisation d'un procédé plus adéquat, l'ordre public, dont les exigences sont plus mobiles qu'un strict principe d'inapplicabilité.

(1) Trib. féd. suisse, 2 février 1954, *Amons/Royal Dutch*, A.T.F. 80.II.53. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que cette décision est intervenue à propos de la loi néerlandaise relative au rétablissement des droits des actionnaires, sur laquelle la jurisprudence française a eu également à se prononcer (v. *infra*, note 5 p. 190). Sans même utiliser la distinction proposée, le Tribunal fédéral a estimé qu'en l'espèce la loi hollandaise était une loi de droit privé et que l'ordre public ne s'opposait pas à sa reconnaissance. Sur les autres décisions suisses rendues dans les affaires *Royal Dutch*, v. LALIVE, *Clunet*, 1966.151 et s., note sous Cour de justice civile de Genève, 16 juin 1961.

(2) Cour féd. Rép. d'Allemagne, 17 décembre 1959, *Créance Woëllert*, *Rev. crit.*, 1961.313, note Mezger, qui écarte la législation de change de la zone soviétique de la République démocratique allemande (v. *infra*, nos 220, 226).

(3) Sur l'impossibilité de distinguer clairement les intérêts privés des intérêts publics, v. ROUBIER, *Théorie générale de droit*, 2^e éd., p. 296 ; LALIVE, « Droit public étranger et ordre public suisse », art. préc., p. 206.

§ 2. — Critique de la thèse fondée sur le caractère de « lois politiques » des lois de police

215. — Un certain nombre de décisions (1) ont écarté l'application des lois de police étrangères, principalement des lois monétaires étrangères (2), au motif plus ou moins exprimé, que leur caractère de « lois politiques » (3), excluait toute possibilité d'application extra-territoriale. Si l'expression même est en voie de disparition, sans doute en raison des critiques dont elle a fait l'objet, malgré les efforts d'une partie de la doctrine pour dégager cette catégorie, la notion semble encore vivace tant dans la jurisprudence (4) que dans la doctrine plus récente, pour écarter les lois étrangères dont la mise en œuvre dans le pays du for paraît inopportune (5). Or, aussi bien

(1) Paris, 30 juin 1933, *Clunet*, 1933.963 (législation russe sur les devises, 1917); Colmar, 16 février 1937, *Rev. crit.*, 1937.685, note H. B., D., 1939.2.25, note Silz (loi allemande interdisant l'exportation de capitaux sans autorisation); Colmar, 11 mars 1938, *Gaz. Pal.*, 1932.2.60 (législation allemande).

(2) Sur le caractère politique des lois monétaires, v. RASHBA, « Foreign Exchange Restrictions and Public Policy », *Michigan Law Review*, 1943.1089 et s. La notion a été également largement utilisée pour expliquer les solutions admises en matière de *nationalisations*. V. notamment J. J. ABRAHAMS, *Rev. dr. int. et comp.*, 1962, t. I, p. 31.

(3) Sur les origines de cette notion dans la jurisprudence, v. Paris, 16 févr. 1837, S., 1839.2.70; Seine, 7 mai 1873, *Clunet*, 1875.20; *Folliott/Ogden*; Trib. com. Bruxelles, 9 juin 1938, *Belgique judiciaire*, 1938.563.

(4) V. notamment Cour suprême des Pays-Bas, 14 avril 1964, N.J., 1965, n° 22 (cité *Rev. crit.*, 1967.530) qui écarte la législation de change indonésienne en raison de son caractère politique et discriminatoire à l'égard des nationaux du for); Cour fédérale d'Allemagne, 17 décembre 1959, *Créance Woëllert*, *Rev. crit.*, 1961.313, note Mezger, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960.1088, qui proclame la territorialité de la législation est-allemande relative aux devises au motif que « son contenu et son but visent exclusivement la protection de la monnaie et de l'économie de la zone soviétique et la mise en œuvre du programme de politique économique de cette zone » (*Rev. crit.*, 1961.316).

(5) Bien qu'un auteur anglais, Dicey, soit à l'origine de la notion de « loi politique », la jurisprudence anglo-saxonne paraît assez libérale, au contraire, puisqu'elle admet que sont applicables en Grande-Bretagne, des lois présentant les mêmes caractères « politiques » qui entraînent leur exclusion ailleurs. On peut ainsi faire un rapprochement intéressant entre les motifs de l'arrêt allemand de 1959 qui écartait la législation de change est-allemande (v. note précédente) et ceux d'un arrêt anglais du 8 décembre 1955 de la Chancery Division, *In re Claim by Helbert Wagg and Co Ltd* (1956), ch. 323, *Clunet*, 1961.1145, note Lipstein, *Yahrbuch für internationale Recht*, 1958, p. 368 et s., note Seidl-Hovenveldern. Cet arrêt admet l'applicabilité de la loi allemande qui imposait au débiteur allemand d'effectuer ses paiements à la Konversionskasse, laquelle prenait en charge les dettes du débiteur envers le créancier anglais, en ces termes : « Nos tribunaux doivent reconnaître le droit de tout Etat étranger de protéger son économie par des mesures de contrôle des changes et par la modification de la valeur de sa monnaie. Ces diverses mesures doivent produire effet lorsque la loi de l'Etat étranger est la loi du contrat ou lorsque le bien meuble est situé dans les limites de la compétence territoriale de l'Etat. Ceci, cependant, sous

dans la doctrine ancienne que dans la doctrine moderne, l'applicabilité de ces lois n'est pas écartée en raison de leur contrariété avec l'ordre public du for, mais parce que ces lois *se situent en dehors du domaine des conflits de lois*. Cette conception est à notre avis contestable. L'ordre public est, semble-t-il, le moyen technique le plus rationnel pour faire obstacle aux lois dont on a, avec plus ou moins de raisons, le désir d'éviter l'application par le for (1). Si l'utilisation de cette technique fait apparaître la nécessité de dégager un critère aussi précis que possible de son intervention, la difficulté est moindre que lorsqu'il s'agit d'écarter délibérément toute une catégorie de lois du domaine du droit international privé. Si la souplesse et le caractère vague d'une notion est particulièrement critiquable lorsqu'il s'agit de poser un véritable principe, voire une règle de droit, l'objection n'est plus aussi forte lorsqu'il s'agit de trouver des directives qui guideront le juge sur l'opportunité de recourir ou non à l'ordre public.

Avant de considérer les critères proposés par les tenants de ces thèses afin de distinguer les « lois politiques » de celles qui ne le seraient pas, voyons quels motifs conduisent ces auteurs à rejeter *a priori* l'applicabilité des dites lois, tant dans la doctrine que l'on pourrait qualifier de doctrine classique (A), que dans la doctrine moderne (B).

réserve pour ce tribunal de s'assurer que *la loi étrangère est une véritable loi sur les changes*, c'est-à-dire une loi passée dans l'intention véritable de protéger l'économie en période de détresse nationale, et dans le but de réglementer (entre autre) les droits des créanciers étrangers et non pas une loi promulguée ostensiblement dans ce but mais, *en réalité, dans un autre dessein non conforme aux droits des gens* ». Le libéralisme anglo-saxon va même jusqu'à prendre en considération des lois étrangères spécifiquement politiques, même lorsqu'elles ne font pas partie du système juridique applicable au contrat. Ainsi dans l'arrêt *Regazzoni/Selthia* du 21 octobre 1957 (1958 A.C. 301, *Clunet*, 1961.1141), la Chambre des Lords annule-t-elle un contrat soumis à la loi anglaise par application des prohibitions indiennes d'exportation vers l'Afrique du Sud. V. sur cet arrêt, MANN, « *Illegality and the Conflict of Laws* », *Modern Law Review*, 1958, p. 130 et s. — V. également en Italie, Cass. italienne, 28 février 1939, *Riv. dir. priv.*, 1940.II.65, note critique Cansacchi.

(1) V. *infra*, n^{os} 223 et s.

A. — LA DOCTRINE CLASSIQUE DES « LOIS POLITIQUES ».

1. *La place des lois dites politiques dans un système de conflit de lois*

216. — Pour Arminjon (1), qui fut le principal défenseur de la notion de « lois politiques » en France (2), celles-ci, étant conçues pour des raisons propres au pays qui les a édictées, ne confèrent de droits qu'à l'intérieur des frontières de ce pays. Elles se trouvent donc en dehors du domaine du droit international privé, puisqu'il ne peut se produire à leur égard de conflits de lois (3). Or, de même qu'en ce qui concernait la thèse de l'inapplicabilité des lois de droit public étranger, le lien établi entre le caractère territorial d'une législation et son exclusion du domaine des conflits des lois, est artificiel dans la mesure où il est fondé sur une conception inexacte de la notion de territorialité. Une fois encore, il faut dire que si une loi peut être tenue pour territoriale, parce qu'elle est nécessairement applicable aux faits qui se déroulent sur le territoire de l'Etat dont elle émane, cela ne veut nullement dire qu'un juge étranger ne puisse l'appliquer, lorsque la situation qu'il a à régler entre précisément dans le domaine d'application de cette loi. Dans cette acception, la territorialité d'une loi n'implique nullement son exclusion du domaine des conflits de lois. Seule sa teneur peut entraîner son éviction au nom de l'ordre public du for, technique appropriée au règlement des conflits de lois (4).

217. — Un auteur suédois Torsten Gihl (5), s'est efforcé de démontrer que le principe de l'inapplicabilité des « lois politiques »

(1) ARMINJON, « Les lois politiques et le droit international privé », *Rev. crit.*, 1930.385 et s. V. également le rapport d'Arminjon, d'ailleurs rejeté, à la Session d'Aix-en-Provence de l'Institut de Droit International de 1954, *Annuaire*, 45.II.228 et s. Il s'appuyait principalement sur la règle 22 de Dicey by Morris, 6^e éd., Londres, 1949.152, selon laquelle les lois étrangères pénales, fiscales, politiques ou confiscatoires ne sont jamais appliquées. Il faut cependant remarquer que le principe a été très atténué dans la doctrine anglo-saxonne.

(2) V. MESTRE, « La notion des lois politiques », *Gaz. Pal.*, 1938.1, Doct. 4.

(3) ARMINJON, *op. cit.*, p. 389. Déjà sur ce point, le raisonnement nous paraît critiquable ; ce qui caractérise le droit international privé, ce n'est pas qu'il y ait nécessairement plusieurs lois en conflit pour régir le même rapport, mais que ce rapport présente un élément d'extranéité suffisant pour qu'il ne soit pas nécessairement du domaine de la loi du for.

(4) Dans ce sens, notamment, QUADRI, « Leggi politiche e diritto internazionale privato », 1943, in *Studi critici di diritto internazionale*, Milano, 1958, vol. I, p. 363 et s., p. 375 ; Charles DE VISCHER, « Quelques réflexions sur la notion du politique en droit international public et privé », *Scritti in onore Perassi*, t. I, p. 399 et s.

(5) TORSTEN GIHL, « Lois politiques et droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, 1953, t. 83, vol. II, p. 167 et s.

étrangères ne résultait ni de leur territorialité (1), ni de l'intervention de l'ordre public (2); mais comme Arminjon, il estime qu'il n'existe pas de règles de droit international privé concernant les « lois politiques » (3). Cependant, il n'en donne aucune justification, si ce n'est une vague référence aux principes relatifs au droit public étranger, lequel comme les « lois politiques » viserait les intérêts de l'Etat (4), ce qui expliquerait leur exclusion du domaine du droit international privé (5). Une fois encore, il s'agit d'une pétition de principe plus que d'une explication rationnelle.

Si les motifs qui conduisent ces auteurs à poser en principe l'inapplicabilité des lois politiques étrangères sont sans fondements sérieux, les critères élaborés pour distinguer « les lois politiques » des lois qui ne le seraient pas, ne sont pas davantage satisfaisants.

2. Le critère des « lois politiques » dans la doctrine classique

218. — Toute loi étant par essence politique, les auteurs ont ressenti la nécessité de délimiter ou limiter (6) la catégorie de lois qu'ils soustrayaient ainsi du domaine du droit international privé. Pour Arminjon, il fallait entendre par « loi politique », une loi faisant « exception aux principes et aux règles du droit dans l'intérêt d'un Etat, d'un parti, d'une classe, voire de certaines croyances ou idées » (7). Il donnait en exemple la loi allemande de revalorisation du 16 juillet 1925, destinée « à donner une compensation aux classes sociales ruinées par la dépréciation du mark, au risque de sacrifier des droits particuliers à ce que (le législateur) considérerait comme un intérêt national » (8). Si le caractère discriminatoire de la loi étran-

(1) TORSTEN GIHL, *op. cit.*, p. 191 et s.

(2) Pour GIHL, *op. cit.*, p. 221 et s., ce qui différencierait l'inapplicabilité *ipso facto* des lois politiques étrangères de l'intervention de l'ordre public, c'est que dans le second cas, les tribunaux appliquent la loi du for, alors qu'ils n'appliquent rien du tout dans le premier.

(3) TORSTEN GIHL, *op. cit.*, p. 244.

(4) TORSTEN GIHL, *op. cit.*, p. 245.

(5) V. *supra*, nos 205 et s., la critique de ce point de vue.

(6) Certains auteurs ont cependant une conception pléthorique de la notion de lois politiques. V. notamment ZANNINI, « Le legge politica nel diritto internazionale privato », *Annali di diritto internazionale*, 1951, p. 49 et s. Les lois auxquelles les auteurs reconnaissent le plus volontiers le caractère de « lois politiques » sont surtout les lois monétaires établissant le cours forcé ou abrogeant les clauses-or, ou les législations de change. V. notamment J. REISS, *Portée internationale des lois interdisant les clauses-or*, thèse Paris, 1936, p. 108-109; SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, p. 314; SAUSER HALL, « La clause-or dans les contrats publics et privés », *Rec. Cours La Haye*, 1937, t. 60, p. 651 et s., notamment p. 737.

(7) ARMINJON, *op. cit.*, p. 389. Cette définition a été rejetée par l'Institut de Droit International, *Annuaire*, 45.II.235 et s.

(8) ARMINJON, *op. cit.*, p. 388. *Contra* : QUADRI, *op. cit.*, p. 370; BALOGH, *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé*, p. 654.

gère par rapport à certaines catégories d'individus, peut légitimer (1) l'intervention de l'ordre public (2), — le plus souvent, ce sera d'ailleurs le caractère discriminatoire (3) de la loi étrangère par rapport aux nationaux du for qui entraînera cet effet (4) —, les autres caractéristiques des « lois politiques » d'Arminjon restent assez vagues. D'une part, on peut se demander si la loi étrangère doit être contraire aux principes et aux règles de droit du système juridique dont elle fait partie, comme le soutenait un auteur suisse (5), ou si elle doit être contraire aux principes du for, auquel cas, on concevrait également l'intervention de l'ordre public, ou si elle doit être contraire aux principes du droit des gens (6). D'autre part, que la loi étrangère serve les intérêts de l'Etat, quoi de plus normal pour une loi (7). C'est cependant à cette notion imprécise que se ralliait Torsten Gihl, qui opposait les lois « qui ont pour but de régler les rapports de droit des personnes privées aux fins de leurs intérêts », à celles qui ont pour but « de servir directement les intérêts de l'Etat légiférant » (8). Nous avons déjà pu constater que ce critère proposé à des fins diverses, n'était pas utilisable.

(1) L'idée est notamment exprimée dans *In re Claim by Helbert Wagg and Co Ltd* (1956), ch. 323, *Clunet*, 1961.1145, note Lipstein, et également dans une décision du Tribunal de Rome, 13 septembre 1957, *Anglo Iranian Oil Co Ltd/Sté Supor*, *Rev. crit.*, 1958.519, note de Nova.

(2) Encore que, dans la conception d'Arminjon, l'inapplicabilité de la loi étrangère ne soit pas fondée sur l'ordre public.

(3) Les effets de la loi étrangère peuvent paraître discriminatoires par rapport aux nationaux du for dans la mesure où sur le territoire du for, les conséquences néfastes de la loi ne sont pas compensées par ses effets fastes. Ainsi la Joint Resolution lèse davantage les créanciers non américains que les créanciers américains puisque ceux-ci, s'ils voient diminuer leur actif, voient leur passif réduit dans les mêmes proportions. En ce sens, SAUSER HALL, « La clause-or dans les contrats publics et privés », *Rec. Cours La Haye*, 1937, t. 60, p. 738.

(4) Dans ce sens, Cour suprême des Pays-Bas, H.R., 14 avril 1964, N.J., 1965, n° 22, cité in *Rev. crit.*, 1967.530, qui écarte la loi indonésienne de change, applicable au contrat, en raison de son caractère politique et discriminatoire à l'égard des nationaux du for, alors que les Pays-Bas n'écartent plus systématiquement les législations de change étrangères depuis qu'ils ont eux-mêmes adopté une législation de ce type. Dans ce sens également, OGH, 30 avril 1953, *Clunet*, 1957.1015 note Seidl Hohenfeldern, qui écarte la loi allemande du contrat relative au transfert des devises, dont les dispositions sont préjudiciables aux intérêts du créancier résidant en Autriche, et Trib. féd. suisse, 26 octobre 1937, *Clunet*, 1938.968.

(5) KNAPP, note sous Trib. féd. suisse, 2 mars 1937, *Clunet*, 1938.965, spéc. 967. Selon l'auteur, le juge devra néanmoins appliquer la loi étrangère, débarrassée de cette excroissance légale injustement discriminatoire. Cf. également la thèse de cet auteur, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, p. 149-159.

(6) Selon la décision du Tribunal de Rome, citée *supra*, à la note 1, il y aurait deux procédés pour écarter en Italie l'application des lois politiques étrangères : l'intervention de l'ordre public, ou leur contrariété au droit des gens auquel renvoie l'article 10 de la Constitution italienne.

(7) ARMINJON, *op. cit.*, p. 390, distingue cependant les « lois politiques » des lois d'intérêt social et des lois de police et de sûreté.

(8) TORSTEN GIHL, *op. cit.*, p. 177.

C'est pourquoi, en définitive, la doctrine classique relative aux « lois politiques » doit être rejetée aussi bien du fait de la place qu'elle leur assigne dans un système de conflits de lois que des critères de distinction qu'elle propose. Malgré les critiques qui ont toujours été faites à la thèse des lois politiques, la doctrine moderne semble avoir recouru à des notions équivalentes pour justifier le principe d'inapplicabilité de certaines lois étrangères.

B. — LES NOTIONS PROCHES DE CELLE DE LOIS POLITIQUES DANS LA DOCTRINE MODERNE.

219. — Assez curieusement, les auteurs allemands actuellement les plus favorables à la prise en considération des « dispositions impératives », — ce qui correspond dans notre esprit à la notion de loi de police —, non seulement de la loi du contrat mais des autres systèmes juridiques qui pourraient exercer leur emprise sur le contrat, émettent quelques restrictions en ce qui concerne l'applicabilité de certaines lois, qui leur paraissent échapper, tout comme les lois politiques d'Arminjon, au domaine du droit international privé et ne pas avoir d'application extra-territoriale (1). Si les critères qu'ils proposent sont plus restrictifs que ceux des auteurs précédents, ils n'en sont pas moins vagues. De plus, ils encourrent la même critique dans la mesure où ils paraissent fonder l'exclusion de ces lois, non pas sur la technique de l'ordre public, mais sur le fait que ces lois ne peuvent faire l'objet de règles de conflit. Nous évoquerons ici plus particulièrement l'opinion de M. Zweigert.

220. — Selon M. Zweigert, il existe différentes espèces de lois d'intervention en matière économique ou sociale : « d'une part des règles conformes à des considérations d'ordre économique ou social largement répandues et approuvées, d'autre part des règles qui selon l'échelle de valeur du for, apparaissent comme des tentatives régulatrices « hétérogènes » (...) ou même comme des mesures de combat dirigées contre d'autres Etats dont celui du for » (2). Les premières que l'auteur qualifie de « sympathiques » (3) sont appli-

(1) WENGLER, « Über die Maxime von der Unanwendbarkeit ausländischer politischen Gesetze », *Internationales Recht und Diplomatie*, 1956.194 ; du même auteur, « Die Anwendung politischer Gesetze », *Woche des Deutschen und Griechischen Rechts*, Thessaloniki, 1958 ; STOLL, « Kollisionsrechtliche Fragen beim Kommissionsgeschäft », *Rabels'Z*, 1960.601 et s. ; ZWIGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.645 et s. ; NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *Rev. crit.*, 1958.70. En France, la thèse la plus proche est celle de M. MEZGER, relative aux lois « hostiles » et aux lois « égoïstes », MEZGER, note sous Com. féd. Rép. féd. d'Allemagne, 17 décembre 1966, *Rev. crit.*, 1961.313, spéc. p. 322-323.

(2) ZWIGERT, *op. cit.*, p. 653-654.

(3) ZWIGERT, *op. cit.*, p. 655.

cables à l'étranger tandis que les secondes ne le seraient pas.

A notre avis, l'auteur distingue sans raison l'*inapplicabilité de celles-ci de l'intervention de l'ordre public*. En effet, selon lui, la démarcation entre les deux catégories de lois économiques ou sociales se fait *avant* la mise en œuvre de la règle de conflit (1), alors que l'appréciation d'une loi étrangère au regard de l'ordre public ne peut se faire qu'*après* la désignation par la règle de conflit. De plus, il estime que « le degré d'indignation nécessaire pour faire pencher la balance du côté de la non application est... inférieur à ce qu'il est en cas de recours à l'ordre public » (2). C'est-à-dire en définitive, que le principe de la non-applicabilité des lois étrangères hétérogènes conduirait à écarter un plus grand nombre de lois que ne le permettrait l'ordre public. Prenant pour exemple les données de l'arrêt de la Cour fédérale de la République fédérale d'Allemagne du 17 décembre 1959 (3), M. Zweigert montre qu'il eût été nécessaire pour faire intervenir l'ordre public que l'application de la loi monétaire de la zone soviétique allemande mît en péril les principes de la vie politique ou économique allemande, alors qu'il suffisait pour l'écarter du domaine des conflits de lois que cette loi soit contraire aux conceptions du *for* relative à la nécessité d'une libéralisation de l'économie mondiale (4). Sans nous attarder à cette distinction qui présente un intérêt surtout eu égard aux conditions de l'intervention de l'ordre public en droit international privé allemand, il nous paraît que cette conception est en contradiction même avec les thèses soutenues ailleurs par M. Zweigert relatives à l'existence de règles de conflits de droit public (5). Tenir ce raisonnement revient, en effet, simplement à reculer la notion de lois de droit public, puisqu'il subsisterait ainsi des lois de droit public qui ne feraient pas l'objet de règles de conflit. Ceci montre bien que la notion de loi politique n'a pas tout à fait disparu, même si à notre époque, ce sont plus les considérations politiques du *for* (6) qui conduisent à attribuer ce caractère à une loi, que les objectifs politiques que cette loi a dans le pays où elle a été édictée.

221. — Or, dans ces deux cas, il n'y a pas motifs à exclure ces lois du domaine des conflits de lois. Leurs objectifs comme les considérations politiques du *for*, peuvent être mis en échec ou

(1) ZWIEGERT, *op. cit.*, p. 655 « cette appréciation est inhérente à la règle de conflit elle-même qui renvoie au droit public étranger ».

(2) ZWIEGERT, *op. cit.*, p. 655.

(3) *Créance Woëllert, Rev. crit.*, 1961.313, note Mezger.

(4) ZWIEGERT, *op. cit.*, p. 655.

(5) V. *supra*, note 3, p. 175.

(6) La doctrine cependant ne reconnaît généralement pas l'intérêt politique du *for* comme une cause générale d'éviction de la loi étrangère. V. SZAZSY, « L'évolution des principes généraux du droit international privé dans les pays de démocratie populaire », *Rev. crit.*, 1963.260.

assurés par l'intervention de l'*ordre public*. Ce procédé en effet par la souplesse de la notion d'ordre public et par la possibilité d'évolution de ses exigences, semble préférable à une règle dont les contours ne peuvent pas être précisés (1). Nous arrivons donc ici à la même conclusion que précédemment. De même que les éléments de droit public de certaines lois de police étrangères ne justifient pas leur inapplicabilité par principe, de même il ne paraît pas possible d'admettre le bien fondé d'un principe semblable relatif aux lois qui auraient un caractère politique plus prononcé que la majorité des lois. Ces constatations nous permettent au contraire de pencher pour l'existence d'un principe inverse : celui de l'application des lois de police étrangères, principe qui comporte néanmoins des limites qui seront précisées dans une seconde section.

SECTION II

LES LIMITES DE L'APPLICATION DE PRINCIPE DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES

222. — Si les arguments invoqués pour justifier une exclusion générale des lois de police étrangères ne nous ont pas paru devoir être retenus, il faut cependant, semble-t-il, admettre des limites aux principes d'applicabilité des lois de police étrangères.

La première est l'intervention de l'*ordre public*. Bien que celle-ci ait déjà été évoquée, et qu'il s'agisse d'un procédé général d'exclusion des lois étrangères, il ne paraît pas superflu d'y consacrer quelques développements. En effet, si l'utilisation de ce procédé nous a paru devoir être préférée aux divers prétextes invoqués pour écarter l'application de certaines lois, il reste à préciser quelles sont les exigences de l'ordre public en la matière. Non pas parce que celui-ci aurait un

(1) V. la remarque faite *supra*, p. 183. Au contraire, M. WENGLER (v. art. cités *supra*, note 1, p. 187) soutient que l'intervention de l'ordre public ne peut remplacer le principe de l'inapplicabilité des « lois politiques » étrangères, au motif que le procédé de l'ordre public implique une désapprobation morale de la loi étrangère (*moralische Missbilligung*), et qu'il serait illogique de l'utiliser lorsque le for a des dispositions identiques. Or si cette dernière considération peut conduire à ne pas invoquer l'ordre public (v. *infra*, nos 223 et s.) elle ne justifie pas l'exclusion délibérée du procédé de manière générale. M. Wengler admet cependant que l'application des lois politiques étrangères est possible entre Etats liés par des liens d'amitié ou d'alliance, ce qui montre bien que l'inapplicabilité des lois politiques étrangères ne peut être un principe général, et qu'elle dépend des circonstances. Dans ce cas, son opportunité peut être alors appréciée au regard des exigences de l'ordre public.

effet atténué en matière contractuelle (1), mais parce que la transformation des droits internes par suite du dirigisme économique ou social, comme l'évolution des relations internationales invitent à réduire le domaine d'intervention de l'ordre public. Il convient alors de rechercher les conditions favorables à un plus grand libéralisme à l'égard des lois étrangères qui reflètent les objectifs de politique économique et sociale de l'Etat. Ce qui revient à reculer les limites du principe de l'applicabilité de lois de police étrangères.

La seconde limite de ce principe est plus délicate à préciser. Elle tient au fait que certaines lois ont manifestement un *domaine territorial propre* ; leur application dans ce cas ne paraît pas pouvoir être étendue lorsque la situation à régler ne se localise pas dans leur domaine d'application. Pour prendre un exemple concret et simple, si l'on estime que la validité d'un contrat s'apprécie au regard de la législation de change du système juridique applicable au contrat (2), il est évident qu'appliquer cette législation de change n'aurait aucun sens, si celle-ci ne visait pas les opérations entraînées par le contrat. Dans ce cas, comme dans d'autres plus complexes, l'appel à la notion de territorialité, dont nous avons dénoncé l'ambiguïté (3) paraît légitime. Aussi semble-t-il nécessaire d'apporter quelques précisions sur les deux limites du principe de l'applicabilité des lois de police étrangères, l'ordre public (§ 1), le domaine manifestement territorial des dispositions en cause (§ 2).

§ 1. — L'ordre public

223. — Il est un fait certain, c'est que l'ordre public a été opposé de façon quasi-systématique à l'encontre des lois qui traduisaient les objectifs économiques et sociaux des Etats étrangers (4), encore que parfois les *résultats* de ces lois plus que leur *objectifs* influaient sur la décision des juges (5). Bien que le procédé soit

(1) En effet, si l'on tient pour fondée l'opposition entre les droits acquis et les droits en création, l'ordre public n'aurait que peu de chances d'intervenir en matière contractuelle. A ce propos, M. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, avait mis en doute que l'effet atténué de l'ordre public reposât sur la notion de droits acquis (*op. cit.*, p. 32 et s., et p. 53). En tout état de cause, il fallait distinguer selon lui selon que le litige était né à propos de l'exécution d'un contrat ou à propos d'un droit acquis par un contrat déjà exécuté (*op. cit.*, p. 53 et s.).

(2) Ce qui est généralement admis à l'étranger (v. *infra*, n° 332).

(3) V. *supra*, n°s 195 et s.

(4) La jurisprudence est bien trop abondante pour être citée ici dans son intégralité.

(5) Cette opposition a son importance si l'on considère les divergences de : adoptées en France et à l'étranger à propos de la loi néerlandaise

spécifique des conflits de lois, il n'entraîne pas moins une perturbation dans les relations internationales (1). Sans doute peut-on estimer que cette absence de libéralisme à l'égard de certaines législations étrangères se traduit en fin de compte par un grand libéralisme à l'égard des particuliers qui peuvent ainsi organiser leurs relations sur le plan international au delà des impératifs nationaux. Cependant si cette position paraît répondre aux exigences d'un commerce international libre, elle manque de réalisme, car elle conduit souvent à laisser en suspens les droits des parties et donc, à des solutions proches du déni de justice. De plus, l'esprit de collaboration qui préside de nos jours aux relations internationales — assez illusoire, il est vrai le plus souvent — pourrait ici trouver un terrain où se concrétiser plus rapidement. La généralisation du dirigisme étatique dans la plupart des pays rend nécessaire cette coopération, qui sur le plan du droit international privé peut se trouver réalisée par une limitation de l'intervention de l'ordre public (2). Trois facteurs pourraient y conduire plus aisément : une certaine identité entre la législation étrangère dont l'application est en jeu et celle du for (3), des liens amicaux entre le « pays-législateur » et le « pays-juge », ou encore des liens conventionnels entre ces pays. L'importance de ces trois facteurs sera appréciée successivement.

relative au rétablissement des droits des actionnaires dans les diverses affaires *Royal Dutch*. Alors que les arrêts suisses ont apprécié la conformité à l'ordre public suisse en considérant le *but poursuivi* par cette législation, à savoir remédier aux spoliations dues à l'occupation allemande (v. LALIVE, *Clunet*, 1966.154), la Cour de Paris (21 déc. 1962, *Rev. crit.*, 1966.238, note Francescakis) s'est attachée au *résultat* auquel celle-ci conduisait, à savoir une expropriation forcée sans indemnité. Ayant écarté la loi néerlandaise au nom de l'ordre public, l'arrêt de la Cour de Paris a néanmoins été cassé par la Cour de cassation le 25 janvier 1966 en raison des Conventions qui liaient la France et les Pays-Bas (v. *infra*, n° 233) et également en considération des *objectifs* légitimes de cette législation. (Dans ce dernier sens, v. encore Seine, 29 juin 1966, *Clunet*, 1966.631, note Bredin, et Orléans, 25 juin 1970, *Clunet*, 1971.301, note Bredin). — Dans l'ensemble les commentateurs de ces décisions, ont estimé qu'il était préférable de confronter la loi étrangère aux exigences de l'ordre public au regard de ses effets et non de ses objectifs (dans ce sens, LOUSSOUARN, D., 1966.392 ; BREDIN, *Clunet*, 1966.640 et *Clunet*, 1971.307 et s.).

(1) Le seul côté positif de l'intervention systématique de l'ordre public vient de ce que, comme l'avait observé F. KAHN, on peut y voir les prémisses d'une règle de conflit à naître (v. *infra*, n°s 239 et s.).

(2) Sans doute, en résultera-t-il des entraves à la liberté du commerce international. C'est pourquoi certains estiment que celles-ci ne seraient acceptables que si l'existence d'une action concertée ou d'une coopération entre Etats paraît suffisamment évidente aux yeux du juge. Dans ce sens, v. FRANCESCAKIS, *Rev. crit.*, 1966.262, note sous Cass., 25 janvier 1966, *Royal Dutch/Labadie*.

(3) Le terme « identité » ne signifie pas évidemment une conformité totale des deux législations, mais désigne une réglementation analogue dans ses objectifs et dans ses moyens.

A. — IDENTITÉ DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRE ET DU FOR.

224. — On peut se demander si le fait d'avoir dans sa propre législation le même genre de dispositions que la loi étrangère ne peut empêcher le juge d'écarter cette loi au nom de l'ordre public. Si l'on s'en tient à la conception française de l'ordre public, c'est-à-dire une réaction contre les lois étrangères qui méconnaîtraient les principes communs aux nations civilisées, en quelque sorte contraire au droit naturel (1) ou qui divergent dans leur objectifs moraux, sociaux ou économiques (2), on voit mal comment le juge français pourrait invoquer l'ordre public à l'encontre d'une loi similaire à la loi française (3). C'est cependant chose courante en France (4). Pour n'en donner qu'un exemple, citons l'arrêt bien connu des Messageries Maritimes du 21 juin 1950 (5), où la loi canadienne abrogeant les clauses-or a été écartée au nom de l'ordre public international alors que la loi interne française avait le même contenu que la loi canadienne. Quand bien même les exigences de l'ordre public interne et de l'ordre public international français ne coïncideraient pas, en raison des particularités de la vie internationale (6), la solution est choquante (7). Si des solutions semblables sont adoptées dans d'autres pays européens (8) — quoique moins

(1) Lerebours-Pigeonnière par LOUSSOUARN, 8^e éd. et 9^e éd., n° 379, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 358 qui font appel à la notion de défaut de communauté juridique.

(2) LOUSSOUARN, *Précis*, n° 379 de la 8^e et 9^e édition.

(3) Si on retient une conception plus large de l'ordre public, qui écarterait également les lois étrangères inconciliables avec une certaine politique législative du for (BATIFFOL-LAGARDE, *Traité* n° 359), l'ordre public interviendrait plus sûrement puisque la poursuite d'une même politique par la loi étrangère pourrait se faire au détriment de celle du for.

(4) Généralement, les tribunaux, lorsqu'ils invoquent l'ordre public, évitent évidemment de constater l'identité de la législation étrangère avec celle du for. V. cependant la décision caractéristique du Tribunal administratif d'Autriche du 1^{er} octobre 1959 (*Clunet*, 1963.739) qui écarte les effets d'une confiscation étrangère et déclare qu'« il importe peu que l'Autriche ait pris également après la deuxième guerre mondiale des mesures confiscatoires » ...

(5) Civ., 21 juin 1950, D., 1951.749, note Hamel, S., 1951.1, note Niboyet, J.C.P., 1950.II.5812, note J. Ph. Lévy, *Rev. crit.*, 1950.609, note H. Batiffol.

(6) Cf. l'interprétation de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE « A propos d'un contrat international », *Clunet*, 1951.1, et s., qui y voit une règle spéciale à l'ordre international, dans lequel les clauses monétaires seraient valables. Dans ce cas, on pourrait admettre la légitimité de l'intervention de l'ordre public, puisqu'alors le contenu de la loi française « internationale » et de la loi étrangère serait différent.

(7) La solution est également choquante lorsque la jurisprudence française refuse d'appliquer les législations de change étrangères, en dehors des Accords de Bretton Woods (v. *infra*, n° 228), même si l'ordre public n'est pas toujours expressément invoqué.

(8) A l'exception toutefois de la Suisse, dont on peut concevoir qu'elle ait opposé l'ordre public à l'encontre des législations de change étrangères, n'ayant

fréquemment pour ceux qui exigent un lien entre le litige et le for pour qu'intervienne l'ordre public (*Inlandsbeziehung*) (1) — quelques décisions hollandaises (2) ont tenu compte du fait que la loi néerlandaise contenait le même genre de dispositions que la loi étrangère dont l'éviction était demandée. Ainsi ces décisions ont-elles rejeté l'intervention de l'ordre public à l'encontre des législations de change étrangères, lorsqu'en 1937, les Pays-Bas eurent adopté des mesures semblables (3).

225. — Cette position semble plus raisonnable. Il est, en effet, curieux que le juge puisse considérer comme inadmissible une situation qui ne le serait pas lorsqu'elle résulte de sa propre loi. Sans doute le juge n'a-t-il pas à l'égard de sa propre loi un pareil pouvoir discrétionnaire, quand bien même il la désapprouverait moralement. Cependant l'intervention de l'ordre public en cas d'identité de la législation étrangère et de celle du for est une manifestation supplémentaire de la condition inférieure de la loi étrangère. Pourquoi le législateur étranger n'aurait-il pas les mêmes droits que le législateur national dans l'orientation de sa politique économique et sociale ? On pourrait répondre évidemment qu'il a les mêmes droits, mais que le juge national n'a pas à *collaborer* à l'efficacité de leur mise en œuvre, ce qui nous paraît contraire à une conception de relations internationales harmonieuses. De plus, lorsque certains types de législations se développent aussi largement dans un si grand nombre de pays, il est difficile d'émettre à leur encontre un pareil jugement de désapprobation morale (4). Particulièrement en matière de législation de change où le phénomène est si général, une partie de

elle-même jamais adopté ce genre de législation. V. MEZNERICS, « Application of Foreign Exchange Laws by Foreign Court », *Acta Juridica*, Budapest, 1963, p. 43 et s., spéc. 59.

(1) V. par exemple, les deux arrêts rendus en sens opposé le même jour, le 13 mars 1936, par le Hoge Raad (*Nouv. Rev.*, 1936.839). Dans l'un, la Joint Resolution américaine est écartée au nom de l'ordre public, l'emprunt Royal Dutch du fait de l'option de place aux Pays-Bas affectant la sphère d'intérêt hollandaise. Dans l'autre, la Joint Resolution est appliquée, le remboursement de l'emprunt Bataafsche devant se faire exclusivement aux Etats-Unis.

(2) V. également en Belgique, les motifs de l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 4 février 1936 (S., 1937.4.1, notre Mestre, *Gaz. Pal.*, 1936.1513). Celle-ci estime, en effet, que l'évolution de la législation belge relative aux clauses-or, ne permet plus au juge belge d'invoquer l'ordre public contre une loi étrangère de même contenu.

(3) Trib. Amsterdam, 28 juin 1938, Trib. Rotterdam, 28 mai 1938, Hoge Raad, 11 février 1938, cités par MESTRE, *Gaz. Pal.*, 1938.2, Doct. 25 (Il faut cependant noter que les deux premières décisions ont été cassées par la Cour suprême des Pays-Bas, le 28 avril 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.2.179, S., 1939.4.20).

(4) Pour cette raison d'ailleurs M. WENGLER (articles cités *supra*, note 1, p. 187) estime qu'on ne peut substituer le procédé de l'ordre public au principe de l'inapplicabilité des lois politiques (v. *supra*, note 1, p. 189).

la doctrine s'accorde à reconnaître que l'ordre public ne devrait plus s'opposer à leur reconnaissance même en dehors des Accords de Bretton Woods (1). Non seulement, il ne devrait pas avoir cette fonction négative, mais au contraire, l'ordre public contemporain exigerait de façon positive l'application de ces législations (2). Mais il faut bien reconnaître qu'à l'heure actuelle, l'esprit de collaboration que cette conception implique ne paraît pouvoir se concrétiser qu'entre pays unis par les liens d'amitié, ou mieux par des liens d'alliance.

B. — LIENS AMICAUX ENTRE LE « PAYS -LÉGISLATEUR » ET LE « PAYS-JUGE ».

226. — Un second facteur serait de nature à limiter l'intervention de l'ordre public à l'encontre des lois de police étrangères : l'existence de liens amicaux entre le pays dont émane la loi étrangère et celui du for. Encore faudrait-il s'entendre sur cette notion. En l'absence de liens amicaux concrétisés par des accords internationaux (3), peuvent être considérés comme unis par des liens « d'amitié », des pays liés par une idéologie commune, voire un système politique ou économique semblable (4). De ce sens en effet, cet esprit de collaboration, impensable pour certains, dont témoignerait l'application des lois de police étrangères, trouverait un fondement légitime (5). La solidarité économique des pays occiden-

(1) V. notamment MEZNERICS, « Application of Foreign Exchange Laws by Foreign Courts », *Acta Juridica*, Budapest, 1963, p. 43 et s., spéc., p. 61 ; WOLFF, P.I.L. 2^e éd., 1950, p. 474. Le même point de vue a été soutenu relativement aux lois abrogatives des clauses-or, ainsi, SAUSER HALL, *La clause-or dans les contrats publics et privés*, *Rec. Cours La Haye*, 1937, t. 60, p. 651 et s., p. 741 ; F.A. MANN, *The Legal aspect of Money*, Oxford, 1953, 2^e éd., p. 269 et s.

(2) V. notamment DICEY, *Conflict of Laws*, London, 1949, 6^e éd., p. 752. — On lira avec intérêt la thèse soutenue par un contractant qui demandait l'application de la législation de change hongroise devant une juridiction néerlandaise (*Int. Law Q.* 1950, vol. 3, p. 103) en ces termes : « En raison du fait que tous les Etats ont une réglementation des changes et que la liberté des échanges n'existe plus davantage, de telle sorte que tout paiement vers l'étranger dépend d'une licence accordée par le gouvernement, un commerce convenable entre les Etats n'est possible que si ceux-ci reconnaissent mutuellement leur réglementation des changes. C'est pourquoi l'ordre public n'empêche plus l'application des réglementations de change étrangères comme il le faisait au moment où celles-ci étaient l'exception et le libre échange la règle. *Au contraire l'ordre public exige l'application de ces réglementations* ». — Sur la position de la jurisprudence, V. *infra* n° 230.

(3) V. *infra*, nos 227 et s.

(4) Une notion plus restrictive apparaît dans la jurisprudence anglo-saxonne où sont généralement considérés comme des pays amis, les pays faisant partie du Commonwealth.

(5) Dans ce sens, WENGLER, « Die Anwendung politischer Gesetze », *Woche des Deutschen und Griechischen Rechts*, Thessaloniki, 1958 ; ZWIEGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.654, V. également, *Rebels' Z* 1951, n° 16, p. 325.

taux justifierait, par exemple, que l'ordre public ne soit pas opposé à l'encontre des lois qui poursuivent des objectifs de politique économique ou sociale de ces pays. A l'inverse, M. Zweigert avait approuvé le refus de la Cour de la République fédérale d'Allemagne (1) d'appliquer la législation de change de l'Allemagne de l'Est — encore que ce ne fut pas expressément au nom de l'ordre public (2) — au motif que le système socialiste était aux antipodes du nôtre (3).

Il faut cependant se garder de pareilles réactions épidermiques à l'encontre de certaines lois étrangères. La solution adoptée par le tribunal allemand repose, en effet, sur l'antagonisme né de la division de l'Allemagne. Mais l'intervention de l'ordre public ne doit pas dépendre, d'une manière générale, d'une opposition des systèmes politiques du « pays-législateur » et du « pays-juge ». Il serait en effet quelque peu choquant que la solution d'un problème de droit dépendît de telles circonstances. Il faut d'ailleurs reconnaître que la pratique, tant dans les pays capitalistes que dans les pays socialistes, ne révèle pas une différence de solutions fondée sur l'opposition des régimes socialistes et capitalistes (4). Il semble que les liens d'amitié, tels qu'ils ont été définis, constituent un facteur négligeable insuffisant à réduire l'intervention de l'ordre public en matière de lois de police et qu'un sens plus large doit leur être donné. Qu'en est-il lorsqu'il existe des « liens d'amitié » plus concrets, c'est-à-dire lorsque des traités internationaux (5) ont été conclus entre le « pays-législateur » et le « pays-juge » ?

C. — LIENS CONVENTIONNELS ENTRE LE « PAYS LÉGISLATEUR » ET LE « PAYS-JUGE ».

227. — L'existence d'un traité entre le « pays-législateur » et le « pays-juge » est de nature à réduire les exigences de l'ordre public à l'encontre des lois de police étrangères, même si elle n'exclue pas totalement l'intervention de l'ordre public. Le problème est relativement distinct selon que le traité a pour objet principal la reconnaissance de ces lois étrangères ou que l'accord entre les deux pays est plus large.

(1) Cour féd. Rép. féd. d'Allemagne, 17 décembre 1959, *Créance Woëllert*, *Rev. crit.*, 1961.313, note Mezger.

(2) V. les motifs de la décision, *supra*, n^{os} 214 et 220.

(3) ZWIEGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.655.

(4) V. sur ce point MEZNERICS, article précité.

(5) Le fait montre bien d'ailleurs que le terme « liens d'amitié » doit être pris dans un sens plus large, puisqu'il existe des traités auxquels adhèrent des pays de régime politique ou économique différent.

228. — 1). Le meilleur exemple du premier type de traité nous est fourni par les *Accords de Bretton Woods* de 1944 auxquels ont adhéré de très nombreux pays (1). En vertu de l'article VIII 2b, des statuts du Fonds Monétaire International (2) créé par ces accords, et de l'interprétation officielle qui en a été donnée par l'Assemblée du Fonds Monétaire International (3), l'ordre public ne peut plus être opposé à l'encontre des législations de change des Etats signataires (4). Sans doute les parties s'engageaient-elles à supprimer pour l'avenir toutes restrictions de change, mais elles devaient, en attendant, collaborer au respect des législations de change existantes, et pour cela refuser toute assistance judiciaire aux contrats passés en violation des législations de change étrangères des pays membres.

229. — Si les Accords de Bretton Woods ont pour portée principale de conduire à la reconnaissance des législations de change étrangères, la doctrine leur attribue une portée plus ou moins large quant aux exigences de l'ordre public (5). Selon certains auteurs (6), l'article VIII 2b n'impliquerait pas une reconnaissance systématique de toutes les dispositions des législations de change des Etats

(1) Actuellement, compte tenu des adhésions ultérieures en F.M.I., une centaine de pays environ sont tenus par les termes de cet Accord.

(2) « Les contrats de change qui impliquent la monnaie d'un Etat-Membre et qui sont contraires aux réglementations de change du dit Etat-Membre, appliquées ou établies conformément aux termes du présent accord, ne seront pas exécutoires (*unenforceable*) sur les territoires des autres Etats-Membres ». Sur les controverses auxquelles donnèrent lieu principalement les termes « contrat de change » et « *unenforceable* », v. notamment HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2^e éd., 1964, p. 252 et s.; CARREAU, *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, Paris, 1970, p. 455 et s.

(3) Interprétation du 14 juin 1949 (*Rev. crit.*, 1951.586) donnée en vertu des pouvoirs conférés en F.M.I. par l'article 18 des statuts du F.M.I. « ... Ces autorités judiciaires ou administratives des Etats-membres ne donneront pas effet aux obligations de tels contrats, par exemple en ordonnant l'exécution de ces contrats ou en accordant des dommages-intérêts en cas de non-exécution ».

(4) V. notamment dans ce sens, les auteurs cités à la note suivante, l'abondance de la littérature consacrée à la matière ne permettant pas d'en donner une bibliographie exhaustive.

(5) V. sur le problème général, notamment GOLD et LACHMAN, « Les statuts du Fonds Monétaire International et les réglementations de changes des Etats-membres », *Clunet*, 1962.667; GOLD, *The Fund Agreements in the Courts*, Washington, 1964; GOLD, *The International Monetary Fund and Private Business Transactions*, Washington, 1965; CARABIER, 47th Conf. Dubrovnik 1956 de l'Int. Law Association p. 270; DRAKIDIS, « Du caractère « non exécutoire » de certains « contrats de change » d'après les statuts du Fonds Monétaire International », *Rev. crit.*, 1970.363 et s.

(6) Dans ce sens CHESHIRE, *Private International Law*, 1957, p. 150. V. également les auteurs cités par MEZNERICS, « Application of Foreign Exchange Laws by Foreign Courts », *Acta juridica*, Budapest 1963, p. 66 et s. Adde, pour une interprétation restrictive du domaine d'application de l'article VIII 2 b, DRAKIDIS, art. préc.

Membres (1). Les tribunaux conserveraient une certaine marge d'appréciation qui pourrait les amener à écarter certaines dispositions au nom de l'ordre public.

Il faut reconnaître que tel ne paraît pas être l'avis de la jurisprudence qui a repoussé l'exception d'ordre public chaque fois que le pays dont émanait la législation de change était signataire des Accords de Bretton Woods. En France, notamment, alors que les législations de change étrangères étaient auparavant écartées (2) sans même qu'une allusion à leur contrariété à l'ordre public français fût faite, la Cour d'Aix dans un arrêt du 14 février 1966 (3) énonce que si « la réglementation étrangère du contrôle des changes est inapplicable en France comme contraire à l'ordre public français, il n'en est autrement qu'en exécution d'un accord international » (4), principe également suivi dans d'autres décisions (5). En l'espèce, la Cour estima que la reconnaissance de la législation de change tchécoslovaque s'imposait en France par application des statuts du F.M.I., — encore que la décision soit ambiguë sur ce point en raison du retrait en 1954 de la Tchécoslovaquie de F.M.I. (6) —, et également, par l'effet d'un accord spécial intervenu entre la France et la Tchécoslovaquie en 1964, selon lequel les paiements entre la zone franc et la Tchécoslovaquie devaient être effectués

(1) V. également la restriction suggérée par MANN, « The Private International Law of Exchange Control under the I.M.F. Agreement » *Int. and Comp. Law Q.* 1953.106 et s. L'auteur estime que les Accords de Bretton Woods ne peuvent produire leur effet que si le contrat est déjà, *au moment de sa conclusion*, contraire à la législation de change d'un Etat-membre.

(2) V. les décisions citées par LOUSSOUARN, *Rev. crit.*, 1962.74. Sur l'apparente exception que constituerait la décision du Tribunal de grande instance de la Seine, 9 février 1965, *Rev. crit.*, 66.282, note J.P. Eck (v. *infra*, n° 344).

(3) Aix-en-Provence, 14 février 1966, *Clunet*, 1966.846, note Kahn.

(4) *Clunet*, 1966, p. 850.

(5) Paris, 20 juin 1961, *Rev. crit.*, 1962.67, note Loussouarn (législation de change néerlandaise); Aix-en-Provence, 15 décembre 1966, *Rev. crit.*, 1970.464, note Drakidis (législation de change algérienne), cassé sur un autre moyen par Civ. 1^{re}, 18 juin 1969 *Constant/Lanata*, J.C.P., 1969.II.16131, note P.L., *Rev. crit.*, 1970.464, note Drakidis; Paris, 14 mai 1970, *Sté Daici Motion Picture/Zavicha*, J.C.P., 1971.II.16751 (législation de change japonaise), v. sur cet arrêt la chronique P. JULLIARD, « La nullité d'un contrat de change conclu en violation de l'article VIII 2-b des Statuts du Fonds Monétaire International », J.C.P. 1971.I. 2399.

(6) La Cour a, en effet, évité de se prononcer sur le point de savoir si l'adhésion de la Tchécoslovaquie au F.M.I. devait être contemporaine de la création de la situation litigieuse ou du *procès*, auquel cas les solutions étaient différentes quant à l'intervention de l'ordre public (v. sur ce point, KAHN note précitée, *Clunet*, 1966.856. V. en faveur du moment où se prononce le juge, J.P. Eck, *Rev. crit.*, 1968.667). Au contraire, la Cour de cassation dans un arrêt du 16 octobre 1967 (D., 1968.445, note Mezger, *Rev. crit.*, 1968.681, note J.P. Eck) a estimé que la législation de change tchécoslovaque ne pouvait être reconnue en France, les juges du fond ayant par leur appréciation souveraine constaté le défaut d'adhésion (sic) de la Tchécoslovaquie à l'accord de Bretton Woods (v. *infra*, note 2, p. 199).

conformément à la réglementation des changes en vigueur dans chacun des deux pays.

A l'étranger, l'effet automatique des Accords de Bretton Woods sur l'exception d'ordre public apparaît encore plus nettement (1). Il semble donc, selon cette jurisprudence, que l'esprit de collaboration monétaire internationale (2) instauré par ces Accords ne permet plus au juge d'invoquer l'ordre public à l'encontre d'une législation de change étrangère, lorsque le « pays législateur » et le « pays juge » sont membres du Fonds Monétaire International.

230. — D'autres auteurs, ont, contrairement à l'opinion précédente, estimé que les Accords de Bretton Woods pouvaient avoir une portée plus large et qu'ils devaient favoriser également la *reconnaissance des législations de change des Etats non membres* du F.M.I. (3). Bien que cette conception nous semble répondre à un souci de collaboration entre Etats fortement souhaitable, elle ne paraît pas pour l'instant recevoir l'adhésion des tribunaux. De nombreuses décisions refusent encore d'appliquer les législations de change étrangères au motif qu'elles émanent de pays non membres du F.M.I., même si l'exception d'ordre public n'est pas expressément invoquée (4). Plus caractéristiques sont encore les décisions intervenues

1) V. notamment, Cour d'appel de New York, 9 février 1953 *Mary Perutz/Bohemian Discount Bank*, *Clunet*, 1953.796, note Delaume et Gold, *Int. and Comp. Law Q.*, 1953.97, note Mann, *Yale Law Journal* 1953.97, note Meyer. La Cour sans même faire appel à l'article VIII 2-b, constate simplement que les Etats-Unis et la Tchécoslovaquie sont membres du F.M.I. — V. également Cour d'appel de New York, 8 juillet 1959, *South Western Shipping Corporation/National City Bank of New York*, *Rev. crit.*, 1962.63, note Loussouarn. En Allemagne, v. Cour féd. Rép. féd. d'Allemagne, 9 avril 1962, *Clunet*, 1963.1125 (application de la législation de change autrichienne). En Angleterre, on trouve également des décisions qui se réfèrent aux Accords de Bretton Woods, mais elles sont moins significatives car les tribunaux anglais n'ont jamais manifesté d'hostilité à l'égard des lois de change étrangères (V. d'une manière générale les décisions citées par MEZNERICS, art. préc., p. 62 et s.). V., au contraire, en Autriche, pour un refus de tenir compte de la législation de change allemande applicable au contrat, alors que l'Allemagne et l'Autriche faisaient partie du F.M.I., OGH 30 avril 1953, *Clunet*, 1957.1015, obs. Seidl. Hohenveldern — Adde les décisions citées par DRAKIDIS, art. préc., *Rev. crit.*, 1970.387 et s.

(2) V. sur cette considération, l'intéressante motivation de l'arrêt de la Cour de Paris, du 20 juin 1961, *Rev. crit.*, 1962.67, note Loussouarn, *Clunet*, 1962.718.

(3) Dans ce sens notamment DICEY, *Conflict of Laws*, 6^e éd., Londres, p. 752. (Contra, GOLD, *The Fund Agreement in the Courts*, Washington 1962). Il faut cependant remarquer qu'il n'est pas inconcevable qu'un traité même non obligatoire puisse servir de « raison écrite » pour justifier une solution. V. par exemple la référence faite par la Cour de Paris dans l'arrêt *Banque Ottomane* à la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères, alors que celle-ci n'est pas encore en vigueur bien que ratifiée par la France (Paris, 19 mars 1965, *Rev. crit.*, 1965.85, note P. Lagarde).

(4) V. notamment Cour féd. Rép. féd. d'Allemagne, 17 décembre 1959 *Créance Woëllert*, *Rev. crit.*, 1961.313, note Mezger (législation de l'Allemagne de l'Est).

à propos de la réglementation de changes tchécoslovaque. Alors que celle-ci avait été prise en considération lorsque la Tchécoslovaquie était membre du Fonds Monétaire International (1), elle a cessé de l'être dès que la Tchécoslovaquie eut quitté le Fonds Monétaire International (2). Ce qui est somme toute assez curieux puisqu'il s'agit de la même législation (3). Ceci montre en tous cas, que si les Accords de Bretton Woods ne produisent leur effet qu'entre pays signataires, leur effet est particulièrement important quant aux exigences de l'ordre public (4), et qu'au moins en ce domaine, la collaboration entre Etats est devenue concrète bien que limitée aux seules parties à l'accord.

231. — 2). Lorsque le traité liant le « pays législateur » et le « pays juge » a un *objet plus général*, son influence sur les exigences de l'ordre public du for est plus délicate à préciser (5). Le problème s'est posé à deux reprises récemment dans des circonstances différentes.

232. — Dans le premier cas, il s'agissait de savoir si les dispositions des *Accords d'Evian* passés entre la France et l'Algérie, avaient eu pour effet d'atténuer les exigences de l'ordre public français en matière de nationalisations (6). C'était, semble-t-il ce que soutenait le créancier d'une dette née en Algérie dans un litige soumis à la Cour d'Aix le 2 décembre 1965 (8), mais la Cour a évité de se prononcer, estimant qu'elle n'avait pas compétence pour interpréter un traité international (9). L'arrêt a été cassé par l'un des nombreux arrêts

(1) *Zivnostenka Banka/Frankman et Kahler/Midland Bank Ltd*, Chambre des Lords, 20 octobre 1949, *Clunet*, 1950.657 et 665.

(2) V. aux Etats-Unis, *Stephen/Zinovstenka Banka* 40 N.Y.S. 2d 323. V. également en France, Civ., 16 octobre 1967, *Baoso es qualités/Janda*, D., 1968.445, note Mezger, *Rev. crit.*, 1968.661, note J. P. Eck, encore que la Cour admette que la Tchécoslovaquie n'a jamais adhéré aux Accords de Bretton Woods, sous couvert de l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui est totalement inexact, puisqu'elle n'a quitté le F.M.I. qu'en 1954.

(3) Cf. également la différence de solutions de deux décisions américaines rendues à propos de la législation de change polonaise, en 1949, et en 1951, après le retrait du F.M.I. de la Pologne en 1950 (v. sur ce point DELAUME, *Clunet*, 1954.332).

(4) Sur le problème de savoir si seule, doit être prise en considération, la législation de change du système juridique applicable au contrat, v. *infra*, n° 330 et s.

(5) Selon M. Batiffol, l'ordre public pourrait être invoqué même lorsque le traité prescrit l'application de la loi étrangère, *Traité*, 4^e éd., n° 363.

(6) V. l'effet des nationalisations algériennes sur la libération du débiteur, *infra*, n° 346 et s., et Cf. la note SCHAEFFER, *Rev. crit.*, 1969.717, spéc. p. 735 et s.

(7) Sur les deux interprétations possibles de la thèse soutenue par le créancier, cf. BREDIN, *Clunet*, 1966, p. 115 et 116.

(8) Aix-en-Provence, 2 décembre 1965, *Narbonne*, *Clunet*, 1966.108, note Bredin.

(9) Ce qui est d'ailleurs contestable, cf. BREDIN, *Clunet*, 1966, p. 115 et 116; LOUSSOUARN, « Du caractère confiscatoire des mesures prises par l'Etat algérien

de la Cour de cassation rendus le 23 avril 1969 (1), refusant d'admettre toute libération des débiteurs par l'effet des mesures de nationalisations algériennes. Visant conjointement l'article 545 du Code civil et la Déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie, qui aurait fixé les exigences de l'ordre public français en la matière, — en les augmentant semble-t-il —, la Cour refuse de reconnaître en France tout effet de droit aux dépossessions opérées par l'Etat algérien.

Mais, en définitive, on peut douter que les Accords d'Evian aient un tel effet sur les exigences de l'ordre public, qu'il s'agisse d'ailleurs de les réduire ou même de les augmenter (2). D'abord, parce que si les Accords d'Evian posent le principe que « Nul ne sera privé de ses droits sans indemnité équitable préalablement fixée » (3), les exigences de l'ordre public français sur ce point demeurent incertaines (4). De plus, les Accords d'Evian n'ont pas eu pour objet la reconnaissance ou au contraire la non reconnaissance de toutes les mesures que pourraient prendre le gouvernement algérien, mais semble-t-il en partie de garantir les Français résidant en Algérie contre celles-ci. On voit mal, dès lors, comment on pourrait déceler dans ces accords un esprit de collaboration tel qu'il réduirait les exigences de l'ordre public relativement aux lois de police algériennes, ou, s'il devait les augmenter, comment on pourrait éviter une contradiction avec les objectifs qu'ils poursuivent (5).

à l'encontre des entreprises françaises », D., 1969, Chron. 241, n° 36 et s. *Adde*, sur la nature juridique des Accords d'Evian, KOVAR, *Rev. crit.*, 1969.461, note sous C.E., 27 mars 1968 et 8 janvier 1969.

(1) Civ., 1^{re}, 23 avril 1969, *Narbonne*, 2^e espèce, *Clunet*, 1969.912, note Chardenon. *Adde*, les arrêts cités *infra*, n° 346.

(2) V. d'ailleurs plus nuancé sur les effets des Accords d'Evian sur l'ordre public, l'arrêt sur renvoi d'Amiens, 25 mai 1970, *Clunet*, 1971.86.

(3) *J.O.*, 20 mars 1962, p. 3024. Dispositions reprises dans la Déclaration des garanties, 3^e partie, 5^e, in *J.O.*, 4 juillet 1962.

(4) Rappelons qu'en principe la jurisprudence oppose l'ordre public (fondé sur l'art. 545 du C. civ.) aux nationalisations étrangères effectuées sans indemnisation (v. sur ce point LOUSSOUARN, *chron. préc.* n° 33 et s.). L'incertitude demeure cependant sur le point de savoir si l'ordre public s'attache à l'exigence d'une indemnité ou à l'exigence d'une indemnité préalable, et encore faut-il préciser si le caractère préalable s'applique à la fixation de celle-ci ou à son versement. Compte tenu de l'évolution du droit interne des nationalisations, il semblerait que l'ordre public soit satisfait lorsque les éléments et la procédure de fixation de l'indemnité sont suffisamment déterminés par la mesure de nationalisation. Cf. sur ces questions, BREDIN, *Clunet*, 1966.108 et s.; LOUSSOUARN, *chron. préc.* n° 31 et s. Pour une étude plus générale v. BATIFFOL, « Problèmes actuels des nationalisations en droit international privé », *Trav. Com. fr. dr. int. privé*, 1962-1964, p. 183 et s., comp. *Traité*, n° 523 et SHAEFFER, *V° Nationalisation in Rép. Dalloz dr. int.*

(5) Les garanties sont, en effet, diminuées si l'ordre public peut être opposé plus facilement. Notamment en matière de nationalisation l'intervention de l'ordre public accroît la spoliation des débiteurs français, qui ne peuvent être libérés de leurs obligations par la novation par changement de débiteur que la loi algérienne aurait éventuellement prévue — lorsque la nationalisation opère transfert du passif —, v. *infra*, n° 360.

233. — En revanche, la Cour de cassation a pu découvrir un tel esprit de collaboration entre la *France* et les *Pays-Bas* du fait des accords conclus entre ces deux pays. Il s'agissait en l'espèce, du litige bien connu opposant la *Société Royal Dutch*, à un porteur de titres de cette société. Le gouvernement néerlandais avait publié en 1944 et 1945 deux textes intitulés « Du rétablissement des droits », instituant une procédure de validation des titres de sociétés néerlandaises, qui à la suite de l'occupation allemande avaient été dispersés et dont les titulaires légitimes avaient été le plus souvent dépossédés. La procédure organisée avait pour effet de déchoir de leurs droits les possesseurs actuels de ces titres, si leur détention n'apparaissait pas légitime ou si l'obligation de déclaration imposée aux porteurs n'avait pas été accomplie pendant le temps imparti par le gouvernement néerlandais. Dans ces deux cas, la propriété des titres se trouvait transférée à l'Etat néerlandais (1). Un porteur français, déchu de ses droits en raison de sa déclaration tardive, assigna en France la *Société Royal Dutch*, en vue d'obtenir le remplacement des titres dont il estimait avoir été injustement lésé. La Cour de Paris, dans un arrêt du 21 décembre 1962 (2) lui donna gain de cause. Pour ce faire, elle écarta la loi néerlandaise déclarée compétente (3) au nom de l'ordre public, au motif principal que celle-ci avait pour effet de réaliser « une véritable expropriation forcée sans indemnité compensatrice pour les propriétaires de titres », bref une spoliation contraire à l'article 545 du Code civil français (4).

La Cour de cassation (5) censura la décision, les exigences de l'ordre public français ne lui paraissant pas s'opposer à la reconnaissance

(1) Pour un exposé plus détaillé des données du litige, v. les diverses notes publiées sous les arrêts rendus.

(2) Paris, 21 décembre 1962, *Labadie/Royal Dutch*, *Gaz. Pal.*, 1963.1.79, concl. Av. général Desangles, J.C.P., 1963.II.13447, note H. Mazeaud; *Rev. crit.*, 1966.238, note Ph. Francescakis; *Clunet*, 1963.424, note Bredin; *Rev. trim. dr. com.*, 1963.956, obs. Loussouarn. — V. également, LOUSSOUARN, « Quelques aspects nouveaux de la protection des actionnaires français de sociétés étrangères », D., 1964, chron. 279.

(3) Le Tribunal de la Seine, au contraire, avait retenu la compétence de la loi française du 21 septembre 1948, en tant qu'elle aurait introduit dans l'ordre juridique français l'ensemble des mesures néerlandaises (cf. les conclusions de M. l'Avocat général Desangles, *Rev. crit.*, 1966.238 et s.). Certains auteurs ont estimé que la Cour avait reconnu à tort la compétence de la loi hollandaise en tant que loi applicable à la société (v. notamment BREDIN, *Clunet*, 1963.424 et *Clunet*, 1966.638). Sur les problèmes posés par la détermination de la loi compétente, v. les commentaires cités à la note précédente.

(4) Il faut remarquer que la Cour a, pour opposer l'ordre public, retenu une qualification qu'elle avait écartée pour déterminer la loi compétente. Elle avait en effet alors estimé qu'il ne s'agissait pas d'une nationalisation ou d'une expropriation (v. *Rev. crit.*, 1966.249 et 250).

(5) Civ., 1^{re}, 25 janvier 1966, D., 1966.390, note Loussouarn; *Rev. crit.*, 1966.238, note Francescakis; *Clunet*, 1966.631, note Bredin. La position de la Cour de cassation a été suivie par un arrêt de la Cour de renvoi, Orléans, 25 juin 1970, *Cassan/Royal Dutch*, *Clunet*, 1971.301, note critique Bredin.

de la loi néerlandaise en France. Cela, non seulement parce que les mesures néerlandaises avaient pour *objet* (1) de remédier aux effets des spoliations commises aux Pays-Bas pendant l'occupation allemande, et non d'exproprier les actuels détenteurs de titres, mais également parce qu'elles avaient été prises *en conformité des principes posés dans la déclaration de Londres du 5 janvier de 1943 et dans les accords de Bretton Woods de juillet 1944* auxquels la France avait été partie. Or ces accords, indépendamment de leurs objectifs monétaires évoqués précédemment, avaient mis en relief la nécessité de réparer les spoliations et les exactions commises par l'Allemagne dans les pays occupés. Cet exemple montre à quel point l'existence de conventions internationales conclues entre le « pays-législateur » et le « pays-juge », peut modifier et atténuer les exigences de l'ordre public.

234. — En conclusion, l'une des limites, qu'il a été nécessaire de reconnaître au principe de l'application des lois de police étrangères, paraît pouvoir être suffisamment restreinte sous l'influence des divers facteurs évoqués pour ne pas rendre sans portée ce principe. Bien que le droit positif ne coïncide pas toujours avec ces idées, il ne semble pas utopique d'espérer que l'évolution amorcée vers une reconnaissance des lois étrangères de police économique ou sociale se poursuivra.

§ 2. — Domaine manifestement territorial de la loi désignée par la règle de conflit

235. — La seconde limite qu'il convient d'apporter au principe de l'application des lois de police étrangères est liée à la notion de territorialité dont nous avons dénoncé l'ambiguïté (2). Si cette notion n'était pas *a priori* un motif d'exclusion d'une loi du domaine des conflits de lois, elle peut néanmoins être prise en considération dans le cas où la loi désignée par la règle de conflit a un domaine manifestement territorial. Nous entendons — provisoirement du moins — par l'expression « loi ayant un domaine manifestement territorial » (3) une loi dont l'application est conditionnée par certains liens avec le territoire.

Lorsque la règle de conflit relative aux contrats désigne une telle

(1) La Cour prend donc ici en considération les *objectifs* des mesures néerlandaises et non leurs *effets*, contrairement à la Cour de Paris. — V. sur cette différence de point de vue, *supra*, note 5, p. 190.

(2) V. *supra*, nos 195 et s.

(3) L'expression, nous devons le reconnaître, n'est pas très heureuse dans la mesure où elle n'exprime pas exactement ce qu'elle représente.

loi, mais que la *situation litigieuse n'entre pas dans le domaine d'application de celle-ci* parce que cette situation ne présente pas les attaches nécessaires avec le territoire du législateur qui l'a édictée, il semblerait normal que le juge ne l'appliquât pas. La formule demande à être illustrée.

Prenons l'exemple d'un contrat de vente conclu en Italie entre un Italien et un Allemand, soumis à la loi anglaise. Il est évident qu'apprécier la validité de ce contrat au regard de la législation de change anglaise n'aurait aucun sens, si celle-ci ne visait pas les opérations entraînées par le contrat. De même, il paraît peu vraisemblable que, s'agissant d'un contrat de bail soumis à la loi française, relatif à un immeuble situé en Allemagne, le juge allemand puisse ordonner le maintien de l'occupant dans les lieux après l'expiration du bail, en vertu de la loi française. De même encore, la réparation d'un accident du travail ne pourrait-elle être assurée par la loi étrangère applicable au contrat de travail, si cette loi exige certaines conditions, notamment, l'accomplissement du travail sur le territoire, des conditions de résidence sur ce même territoire, pour faire bénéficier la victime ou ses ayants droit de la réparation prévue par cette loi.

236. — Il y a donc, dans ces cas une différence manifeste entre le fait d'invoquer la territorialité d'une loi pour en déduire que le juge étranger à ce territoire ne peut l'appliquer (1) et *le fait de ne pas l'appliquer parce qu'elle ne vise pas la situation*.

Or ce dernier problème est mal connu, parce qu'en général confondu avec le précédent (2). Et pourtant, il est évident qu'il en diffère, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'il ne se pose pas uniquement à l'égard des lois étrangères, mais également pour la loi du for (4). Relativement à cette dernière (3) on trouve d'ailleurs un certain nombre de décisions qui ont refusé d'appliquer la loi du for, parce que le lien territorial qui justifierait son application n'existait pas en l'espèce. C'est le cas, par exemple, d'un arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1938 (5) qui refuse d'appliquer les lois françaises de 1911 et 1912 relatives à l'organisation professionnelle des bourses pour des opérations qui

(1) Ce que nous avons critiqué, v. *supra*, n° 195 et s.

(2) V. cependant DE NOVA, « Conflict of laws and Functionally Restricted Substantive Rules », *California Law Review*, 1960, vol. 54, p. 1569 et s., et NUSSBAUM, ouvrage cité *infra*, note 2, p. 229.

(3) Et la remarque est une première indication de la nécessité d'apporter une solution bilatérale au problème des lois de police (v. *infra*, n° 241 et s., n° 260 et s.).

(4) Il faut remarquer l'opposition de ces décisions citées au texte, à la tendance contraire des tribunaux d'étendre le domaine de la loi du for (v. *infra* n° 246).

(5) Paris, 7 mars 1938, *Clunet*, 1938.739.

devaient être effectuées devant une bourse étrangère. C'est le cas d'une décision de la Justice de Paix d'Amsterdam du 24 août 1955 (1), qui refuse d'appliquer certaines dispositions de la législation néerlandaise du travail à un contrat de travail soumis pourtant à la loi néerlandaise, au motif que le travail s'effectuant au Surinam, les intérêts socio-économiques du marché néerlandais du travail n'étaient pas affectés par l'exécution de ce travail à l'étranger. C'est le cas encore de deux décisions de la Cour suprême des Etats-Unis du 18 février 1963 (2) qui refuse d'appliquer la réglementation américaine des rapports collectifs du travail organisée par le National Labor Relation Act, au motif qu'il s'agissait de relations entre l'armateur et l'équipage d'un navire battant pavillon étranger.

Or les raisons qui conduisent à écarter l'application de la loi du for par suite d'un *défaut d'attaches territoriales* avec le for valent également lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère.

237. — On a cependant estimé que si on tenait compte du domaine d'application fixé par la loi étrangère, pour l'écarter, ce serait en définitive admettre le *renvoi* (3). L'argument est surtout invoqué en Italie où le renvoi est prohibé, mais on sait que, généralement, celui-ci rencontre peu de partisans en matière contractuelle, — et *a fortiori* d'ailleurs n'aurait-il aucun sens en matière de lois de police.

Or il ne semble pas qu'on puisse parler en l'occurrence d'un renvoi. En effet, la loi étrangère qui refuserait de s'appliquer, ne désigne elle-même aucune loi (4). On peut seulement déduire de sa prise en considération qu'elle n'a pas à être appliquée, et non pas qu'une autre loi doive être appliquée (5).

238. — Si sur le plan des principes, ce procédé n'est nullement choquant, on peut se demander si le juge est en droit de ne pas appliquer une loi étrangère désignée par la règle de conflit, seulement

(1) Justice de Paix d'Amsterdam, 24 août 1955, N.J., 1956.115, *Clunet*, 1959.504, obs. Kolléwijn.

(2) *National Labor Relations Board/Societad Nacional Marineros de Honduras* (372.US.10) et *Incres Steamship Company/International Maritime Workers Union* (372.US.24), *Rev. crit.*, 1963.743, note Bonassies.

(3) V. notamment BALLADORE PALIERI, *Diritto internazionale privato*, p. 243 et s.

(4) V. sensiblement dans le même sens, DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, p. 394 et s. — V. FRANCESCAKIS, *Le renvoi*, n° 70 et s. — *Contra*, MAURY-DERUPPÉ, *J.-cl. intern.*, Fasc. 532 B, n° 135.

(5) Ce résultat n'est évidemment que provisoire. Si dans certains cas, il n'est guère choquant de ne pas appliquer la loi désignée, par exemple une législation de change qui ne vise pas la situation, dans d'autres, il est nécessaire de trouver une solution, à moins de soustraire la matière à tout rattachement législatif.

lorsque cette loi contient des dispositions expresses sur son champ d'application, ou si le juge a un pouvoir d'interprétation pour rechercher de telles limites implicites dans la loi étrangère. Il semble bien que la réponse doive être positive, ne serait-ce que parce que le champ d'application d'une loi est rarement déterminée expressément.

Ainsi, par exemple, même si une loi de moratoire suspend l'exécution des contrats, sans précision aucune sur son domaine d'application, il semble vraisemblable qu'elle en décide ainsi uniquement pour les contrats exécutoires sur le territoire. Ce genre de raisonnement aurait, semble-t-il, d'ailleurs pu aplanir les difficultés nées dans la plupart des pays de l'abrogation des clauses-or par la *Joint Resolution* américaine de 1933. Si la territorialité de la *Joint Resolution* a souvent été invoquée en raison de son caractère politique (1), elle aurait pu l'être peut-être dans un sens plus exact. Le préambule de la *Joint Resolution* indiquait, en effet, que l'abrogation des clauses-or ne devait concerner que les paiements effectués sur le territoire américain (2). Dès lors, les difficultés auraient pu être évitées pour les contrats qui étaient simplement soumis à la loi américaine ou exprimés en monnaie américaine, et ne s'exécutaient pas aux Etats-Unis.

D'autres exemples de lois dont l'application dépend manifestement de certaines attaches avec le territoire du législateur dont elles émanent apparaîtront au cours des développements qui suivront. Aussi, suffit-il de retenir ici que si cette considération est, à première vue, une limite au principe de l'application des lois de police étrangères, elle ne l'est pas en définitive. En effet, c'est une limite qu'il convient de reconnaître à l'application des lois de police *désignées par la règle de conflit relative au contrat*. Mais cette limite indique que le rattachement de certaines matières au système juridique *applicable au contrat n'est pas adéquat* et qu'il convient peut-être pour celles-ci d'adopter un rattachement particulier. Or si un rattachement spécial des lois de police sur le plan international est reconnue, cette limite serait forcément réduite.

(1) V. *supra*, note 6 p. 185, note 3 p. 171, note 3 p. 186.

(2) V. sur cette considération, Trib. d'arr. de La Haye, 15 janvier 1931, *Nouv. Rev.*, 1934.341.

CHAPITRE II

LE RATTACHEMENT DES LOIS DE POLICE

239. — Nous avons vu au cours du chapitre précédent que l'évolution des relations internationales conduisait à rejeter les divers prétextes invoqués pour ne pas appliquer les lois qui traduisent les objectifs de politique économique et sociale des Etats étrangers et que l'esprit de collaboration qui devait présider à ces relations, devait également limiter l'intervention de l'ordre public dans ces matières. Sans doute s'agissait-il en l'espèce de *lois de police faisant partie du système juridique applicable au contrat*. Mais ce même esprit de collaboration internationale invite à rechercher s'il ne faut pas aller plus loin dans la voie d'une coordination des dirigismes étatiques, et pour ce faire, prendre également en considération *les lois de police qui ne font pas partie de la loi du contrat*, dont l'observation paraît inévitable.

Alors qu'à l'étranger, un fort courant doctrinal paraît s'attacher à cette idée, notamment en Allemagne (1) et aux Pays-Bas (2), en France, la doctrine des lois d'application immédiate semble limiter à la *seule loi française*, la prise en considération d'une loi différente de celle qui est applicable au contrat. Cette position nationaliste se retrouve au demeurant dans la jurisprudence française, qui par un appel fréquent à l'*ordre public* ou même à la notion de « *loi d'ordre public* » parvient à imposer la compétence de la loi du for. On peut cependant déceler une tendance plus internationaliste dans les quelques décisions qui ont invoqué l'ordre public (3), non pas afin d'écarter la loi « normalement compétente », mais pour *annuler* des contrats qui avaient été conclus en violation de lois-douanières-étrangères, qui n'appartenaient pas au système juridique applicable à ces contrats.

(1) V. *supra*, note 2, p. 160.

(2) V. *supra*, note 3, p. 160.

(3) Nous verrons d'ailleurs qu'il n'a pas toujours été fait appel dans ces décisions à la même notion d'ordre public. De la notion d'*ordre public interne*, il semble qu'on soit passé à celle, plus traditionnelle, d'*ordre public international*, pour en arriver à la notion d'un *ordre public réellement international* (v. *infra*, n° 262 et s.).

L'utilisation de l'ordre public à ce même effet apparaît dans la jurisprudence étrangère, notamment en Allemagne, et en Grande Bretagne. Suivant la remarque faite au siècle dernier par un auteur allemand (Kahn), cet appel fréquent à l'ordre public ne serait-il pas le signe d'une règle de rattachement à naître ? Entre cet *ordre public* qui tend à devenir une *circonstance de rattachement pour la loi du for*, indépendamment de la loi applicable au contrat, et cet ordre public qui conduit à *prendre en considération une loi étrangère*, indépendamment également de la loi applicable au contrat, n'y aurait-il pas les éléments d'une règle de rattachement relative aux lois de police sur le plan international ? Ce n'est en effet que si on détermine une *méthode de rattachement* permettant la désignation des lois de police que la prise en considération de celles-ci sera possible, lorsque ces lois de police ne font pas partie du système juridique applicable au contrat. Or, avant de se livrer à la recherche d'une telle méthode, dont la difficulté essentielle réside dans le fait que les lois de police fixent *unilatéralement* leur propre domaine d'application (1), il faut se demander si le but poursuivi est justifié et si les résultats ne dépasseraient pas en définitive les objectifs visés.

240. — En effet, on peut penser qu'un rattachement sur le plan international des lois de police qui ont une incidence plus ou moins directe sur la matière contractuelle, conduira à appliquer à un même rapport une *multitude de lois*, qui au surplus pourraient être contradictoires. Il en résulterait non seulement sur le plan pratique une paralysie du commerce international, mais aussi une atteinte à l'unité logique, psychologique et économique du contrat qui a guidé la délimitation première du domaine de la loi du contrat.

Mais ces objections ne semblent pas décisives. D'une part, le nombre de lois de police ayant un effet sur un contrat donné ne devrait pas, sauf cas exceptionnel, être illimité (2). La compétence de plusieurs lois pour un même rapport n'est pas spécifique du problème, elle existe fréquemment en droit international privé. Il suffit que l'élément de rattachement admis existe par rapport à plusieurs pays, pour que la situation se présente (3). Même les « chevauchements » qui pourraient résulter du fait que le plus souvent les lois de police fixent unilatéralement leur domaine d'application ne sont pas particuliers à la matière (4). Loin d'entraîner une paralysie du

(1) Bien que rarement expressément, v. *infra*, n°s 253 et s.

(2) Dans ce sens également NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *Rev. crit.*, 1958.70.

(3) Dans ce sens également ZWEIGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.658. On peut d'ailleurs remarquer que lorsque c'est le cas, il y a toujours un élément de rattachement qui prévaut.

(4) Il existe en effet des chevauchements de règles de conflits, qui résultent du fait que les règles de conflits ne sont pas identiques. Cf. BATIFFOL, *Le domaine du règlement des conflits de lois*, Cours I.H.E.I., 1962-63, p. 146 et s.

commerce international, il semble que la prise en considération des lois de police qui exercent une influence sur les relations contractuelles soumises par hypothèse à un autre système juridique, peut conduire à des solutions meilleures en matière internationale, dans la mesure où, tenant compte des réalités, elles ont une grande chance d'être reconnues internationalement bien que la réalité première consiste à assurer l'unité du contrat.

D'autre part, l'unité du contrat ne paraît pas devoir être exagérément entamée, même s'il devait résulter du rattachement spécial des lois de police sur le plan international une dualité de rattachements, d'autant plus que dans certains cas, la compétence de la loi du contrat pourrait être abandonnée, non seulement parce que ces matières paraissent suffisamment distinctes du contrat mais parce que le champ d'application territorial que s'assignent certaines lois laissent supposer en effet qu'un rattachement différent serait plus adéquat. C'est pourquoi, en définitive, il ne paraît pas inutile de tenter de déterminer une méthode de rattachement des lois de police, et dans la mesure où elle semble être établie sur des bases suffisamment solides, il conviendra de délimiter le domaine de celles-ci et de la loi du contrat.

Section I. — La méthode de rattachement des lois de police.

Section II. — Le domaine respectif des lois de police et de la loi du contrat.

SECTION I

LA MÉTHODE DE RATTACHEMENT DES LOIS DE POLICE

241. — Les difficultés de rattachement des lois de police ne sont pas d'égale importance selon qu'il s'agit de lois de police du for ou de lois de police étrangères. Les trois notions admises en France sensiblement équivalentes à celles des lois de police, paraissent conduire uniquement à la compétence de la loi française : la première, d'origine légale, relative aux « *lois de police et de sûreté* » (art. 3 C. civ.) qui jusqu'à présent a trouvé peu d'échos en jurisprudence, la seconde, d'origine doctrinale, relative aux « *lois d'ordre public* » largement adoptée par la jurisprudence, et enfin la dernière également d'origine doctrinale, relative aux « *lois d'application immédiate* » dont chacun veut voir la consécration dans la jurisprudence récente. Celle-ci tend, en effet, de plus en plus à faire de l'ordre public international une circonstance de rattachement et non un procédé

destiné à écarter les lois étrangères « normalement compétentes » contraires aux conceptions françaises. Or précisément, l'impossibilité de faire jouer cette technique en faveur d'une loi étrangère indique la nécessité de la distinguer des véritables techniques de rattachement, qui doivent exister tant pour les lois de police du for que pour les lois de police étrangères. En effet, s'il est toujours plus facile d'assurer l'application de la loi du for (1), même en s'écartant des principes classiques relatifs aux règles de conflits, il faut semble-t-il établir ses titres de compétence de façon suffisamment précise pour que la règle soit transposable aux lois étrangères. Aussi, avant de tenter de déterminer une méthode de rattachement des lois de police étrangères (§ 2), faut-il apprécier celles qui sont utilisées par la jurisprudence ou proposées par la doctrine en faveur des lois de police du for (§ 1).

§ 1. — Le rattachement des lois de police du for

242. — Dans un premier point, nous évoquerons les procédés utilisés par la jurisprudence pour imposer la compétence des lois de police françaises — encore que l'expression ne soit guère employée — (A), puis dans un second, la thèse, développée par la doctrine, relative aux lois d'application immédiate dont la notion paraît coïncider avec celle de lois de police (B).

A. — LES PROCÉDÉS UTILISÉS PAR LA JURISPRUDENCE.

243. — Bien qu'une des rares dispositions de droit international privé du Code civil soit consacrée aux lois de police et de sûreté (2), la jurisprudence n'y recourt guère pour justifier l'application de la loi française, dont les objectifs lui paraissent devoir être assurés quels que soient les éléments d'extranéité du litige. Tout au plus, invoque-t-elle parfois l'article 3 du Code civil, mais sans employer

(1) De plus, on conçoit fort bien qu'indépendamment de l'infériorité de la condition de la loi étrangère par rapport à celle du for, la loi du for intervienne plus souvent en cette matière. D'une part, la saisine du for résulte d'un lien entre le for et le litige. Si ce lien a conduit à la compétence judiciaire du for, il n'est pas déraisonnable de penser que ce même lien peut justifier la prise en considération de la loi du for, même si par hypothèse la loi du for n'est pas applicable au contrat. D'autre part, sans même soupçonner le juge d'un nationalisme excessif, celui-ci a une tendance légitime à appliquer la loi du for, loi qu'il connaît mieux et dont il peut plus facilement apprécier les objectifs et le domaine d'application qu'il convient de lui assurer.

(2) Art. 3, al. 1, C. civ. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

l'expression de loi de police et sûreté ou de lois de police (1). Le plus généralement les tribunaux font appel à la notion de « *loi d'ordre public* » (2) ou même à celle d'« *ordre public international* » pour justifier la compétence de la loi française. Si la plupart du temps ces procédés sont utilisés dans des litiges relatifs à des matières qui sont à première vue dépendantes du statut personnel, on retrouve ces solutions dans des matières plus proches des contrats (3). Sans même s'attarder à la compétence possible de la loi étrangère applicable au contrat, la jurisprudence invoque le caractère d'ordre public de la loi française pour en appliquer les dispositions.

244. — Sans doute, ces solutions répondent-elles au souci de *combler les insuffisances de l'article 3 alinéa 1 du Code civil* (4). Dans la rédaction actuelle du texte, en effet, la compétence des lois françaises de police et de sûreté est liée à « l'habitation » sur le territoire français (5). Or il est incontestable que les objectifs des

(1) V. cependant Civ., 20 mars 1962, *Clunet*, 1964.100, obs. Goldman (loi 31 déc. 1951 instituant le Fonds de garantie automobile), Paris, 28 avril 1967, *Rev. crit.*, 1968.446, note Foyer, *Clunet*, 1968.98, note Kahn. La Cour fait appel à l'article 3 du Code civil pour faire application de la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle compte tenu de ses objectifs de « protection de l'enfance » et « de défense sociale », et de son caractère « d'ordre public ».

(2) La notion de « *loi d'ordre public* » est, semble-t-il, d'origine doctrinale. Utilisée par MANCINI et par ses disciples en France, notamment WEISS et VALÉRY, la notion n'était pas nettement distinguée des lois de police et sûreté, des lois de droit public, et encore moins, de l'ordre public international (v. *Clunet*, 1874.276). Le champ d'application de ces lois d'ordre public ne paraît pas dans l'esprit de Mancini être plus large que celui qui est attribué aux lois de police et sûreté. L'ambiguïté de la notion de territorialité (v. *supra*, n° 195) a d'ailleurs longtemps conduit à douter de la possibilité d'appliquer des lois étrangères d'ordre public. V. cependant, les distinctions faites par VALÉRY entre diverses catégories de lois d'ordre public (*Manuel de droit international privé*, 1914, p. 577 et s.). On peut également penser que la notion de PILLET de *lois de garantie sociale* s'apparente à celle de lois d'ordre public (V. sur tous ces points FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Conflits de lois*, nos 108 et s.).

(3) V. notamment en matière de loyers dans le contrat de bail (Paris, 20 juin 1967, *Clunet*, 1968.100), en matière d'action directe de la victime contre l'assureur (Req. 24 février 1936, *Clunet*, 1937.70, obs. P.J. ; Cass., 11 mai 1962, *Clunet*, 1963.772 obs. B.G. ; Paris, 16 mars 1960, *Rev. crit.*, 1961.347, note Deprez), en matière de transport maritime (Com. 21 février 1950, D., 1950.557, note Ripert, *Rev. crit.*, 1950.427, note Delaume), en matière de clause attributive de juridiction dans un contrat de travail (Soc. 18 octobre 1967 (2 arrêts) et 19 octobre 1967, J.C.P., 1967.II.15293, note Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1968.490 note H. Gaudemet-Tallon, *Contra*, Civ., 9 janvier 1968, J.C.P., 1968.II.15451, note Lyon-Caen, *Clunet*, 1968.717, Mme Simon-Depitre, *Rev. crit.*, 1968.490, note H. Gaudemet-Tallon. Des précisions sur le bien fondé de l'application d'une loi différente de celle du contrat seront apportées ultérieurement.

(4) V. sur ce point Ph. FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz, dr. int.*, V° *Conflits de lois*, nos 103 et s.

(5) Sur le problème de savoir si ce texte, même sous cette rédaction, qui procède d'une délimitation unilatérale du domaine de la loi française, peut être bilatéralisé comme l'a été notamment celui de l'alinéa 3 relatif à l'état et à la capacité, V. *infra*, n° 281.

lois de police ne peuvent parfois être atteints que si ces lois sont applicables même lorsque les contractants se trouvent à l'extérieur du territoire. Cette exigence se trouve d'ailleurs exprimée dans les quelques lois françaises qui déterminent expressément leur domaine d'application (1). La rédaction de l'article 3 alinéa 1 s'avère également insuffisante dans la mesure où elle n'impose pas l'application de la loi française pour des faits se produisant sur le territoire français ou même pour des faits survenus à l'étranger, alors que dans ces circonstances, la compétence des lois de police françaises peut être nécessaire pour que leurs objectifs soient atteints (2).

Ces insuffisances expliquent que la jurisprudence ait eu recours à la notion de loi d'ordre public ou à celle d'ordre public international pour imposer la compétence de la loi française. Mais alors que la jurisprudence jouit en France d'une si grande liberté en matière de droit international privé, on peut s'étonner qu'elle détourne ainsi de sa vocation normale la notion d'ordre public. La jurisprudence encourt, en effet, la critique à trois points de vue : d'une part, du fait de la confusion qu'elle entretient entre les diverses notions de lois de police et de sûreté, de lois d'ordre public, et d'ordre public international, d'autre part du fait qu'elle reconnaît trop volontiers le caractère d'ordre public aux dispositions de la loi française et enfin, du fait qu'elle tend à faire à l'ordre public international une circonstance de rattachement à la loi française, alors qu'il paraissait bien établi que ce n'était qu'un moyen d'éviction de la loi normalement compétente, lorsque celle-ci était contraire aux conceptions du for. Ces trois points seront développés successivement.

1. *La confusion des trois notions*

245. — La confusion entre les notions de lois de police, de lois d'ordre public et l'ordre public a toujours existé dans la jurisprudence (3). Parfois, la notion de lois de police et sûreté était utilisée au sens de l'ordre public international, c'est-à-dire que la loi étrangère normalement compétente était écartée comme contraire

(1) V. par exemple, l'article 36, § 2 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique en vertu duquel « peuvent faire l'objet d'une rémunération forfaitaire les cessions de droit à ou par une personne ou une entreprise établie à l'étranger ». C'est également une caractéristique de la plupart des législations de change.

(2) Des lois particulières en disposent d'ailleurs expressément V. par exemple, relativement à des faits survenus à l'étranger, l'article 57 de la loi du 3 janvier 1967 relative aux bâtiments de mer : « toute opération volontaire qui entraîne la perte de la francisation d'un bâtiment grevé d'une hypothèque est interdite ». Cette disposition s'applique en effet quelle que soit la loi applicable au contrat.

(3) Outre les exemples donnés, v. sur cette confusion, FRANCESCOAKIS, *Rép. Dalloz dr. int.*, *V° Conflits de lois*, nos 115 et s.

aux lois de police et sûreté françaises (1). Dans d'autres cas, la notion de loi d'ordre public et la fonction de l'ordre public international étaient étroitement liées, ainsi récemment dans un arrêt de la Cour de Paris du 16 février 1966 (2). Il s'agissait en l'espèce de se prononcer sur la validité de l'engagement dans la Légion Etrangère d'un mineur allemand de 18 ans sans le consentement de son représentant. La Cour a prononcé la nullité de l'engagement par application de la loi française du 31 mars 1928 (3), au motif que « si, en principe, l'état des étrangers reste régi en France par leurs lois nationales, celles-ci ne sauraient cependant *faire échec aux lois françaises d'ordre public*, qui s'imposent même aux étrangers ; que tel est le cas des lois concourant à l'organisation de la défense du pays, y compris de leurs dispositions relatives à la capacité des mineurs à s'engager dans l'armée » (4). Le caractère d'ordre public de la loi française (5) est ainsi invoqué pour écarter la loi allemande normalement compétente (6). Dans ce même sens, on peut citer l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 9 décembre 1960 (7) où la loi tchécoslovaque choisie par les contractants est écartée au nom des dispositions d'ordre public du statut des V.R.P. en France. Dans d'autres décisions encore, les trois notions ont été employées simultanément. Ainsi dans un arrêt du 2 octobre 1963, la Cour de Paris (8) a fait application du principe du droit français de la réparation du préjudice moral en matière délictuelle alors que la loi allemande, loi du lieu du délit, ne l'admettait pas, à la suite d'une motivation fort complexe. La Cour relève d'abord le caractère d'*ordre public* du principe suivant lequel la victime doit obtenir la réparation

(1) Seine, 26 mai 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.329 (écarte la loi de revalorisation allemande comme contraire aux lois de police et sûreté).

(2) Paris, 16 février 1966 *Consorts Moller/Ministre des Armées*, *Rev. crit.*, 1966.463, note Paul Lagarde. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 2 décembre 1968, *Rev. crit.*, 1969.281, note P. L., au motif qu'en tout état de cause la loi du 31 mars 1928 était applicable.

(3) En première instance, le Tribunal de grande instance de la Seine, le 28 mai 1964 (*Clunet*, 1965.399, obs. B. Goldman), avait au contraire admis la validité de l'engagement par application de la loi française, mais sur le fondement de l'article 374 du Code civil.

(4) *Rev. crit.*, 1966.455.

(5) V. *infra*, n° 246 la critique du caractère d'ordre public reconnu à la loi française du 31 mars 1928, compte tenu des circonstances de l'espèce.

(6) On peut citer une décision encore plus équivoque de la Cour de Paris du 20 février 1964, *Rev. crit.* 1965.123 (V. la chronique Jacques FOYER, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Rev. crit.*, 1965, p. 39 et s.). Selon la Cour les dispositions de la loi française, notamment les articles 375 et s. du Code civil sont applicables en l'absence ou malgré les dispositions de la loi nationale, pour une raison d'ordre public, lorsqu'elles ont pour but d'assurer la protection du mineur en danger physique ou moral résidant en France, et permettant seule d'obtenir ce résultat).

(7) Soc., 9 décembre 1960, J.C.P., 1961.II.12.029, note Mme Simon-Depitre.

(8) Paris, 2 oct. 1963, *Rev. crit.*, 1964.332, note P. Lagarde, *Clunet* 1964.103., note B. Goldman.

intégrale du préjudice subi, puis ayant mis en relief les buts sociaux poursuivis par l'article 1382 du Code civil français, énonce que « les lois sur la responsabilité délictuelle sont des *lois de police*, aux termes de l'article 3 paragraphe 1 du Code civil, et relèvent ainsi de l'ordre public international français ». Outre la superposition de ces trois notions, l'arrêt apparaît encore plus curieux à la lecture de la conclusion que la Cour en tire : « C'est à bon droit, dit-elle, que les premiers juges ont estimé que la *loi étrangère ne pouvait se substituer à l'application des principes fondamentaux du droit français...* » (1). Alors que, généralement, on tient l'ordre public international pour un élément perturbateur de la règle de conflit, la règle de conflit elle-même apparaît ici comme un élément perturbateur ! (2)

On peut d'ailleurs s'étonner de la persistance, et même de la recrudescence actuelle de cette confusion entre l'ordre public et les lois d'ordre public ou de police, alors que la doctrine depuis BARTIN (3) s'était efforcée de distinguer ces trois notions (4). Le seul élément positif qu'on peut dégager de ces solutions paraît être la reconnaissance par la jurisprudence française du fait que *certaines dispositions de la loi française doivent nécessairement s'appliquer, même lorsque les éléments d'extranéité du litige laisseraient supposer la compétence d'une loi étrangère*. Cependant avant de critiquer le principal procédé utilisé pour assurer l'application de ces dispositions, à savoir l'ordre public international, on peut déjà remarquer que la jurisprudence étend de façon excessive le domaine des lois auxquelles elle reconnaît le caractère de « lois de police » au détriment du rattachement légitime du litige.

2. Domaine excessif reconnu aux lois de police françaises

246. — Par le domaine excessif (5) qu'elle reconnaît aux lois de police françaises, la jurisprudence détourne en effet les autres règles de conflits de leurs objectifs. Pour prendre un exemple

(1) *Rev. crit.*, 1964.334.

(2) Dans ce sens également, la note Lagarde, *Rev. crit.*, 1964.335. Il faut cependant remarquer que l'arrêt a été cassé par la Cour de Cassation le 30 mai 1967, D. 1967.628, note Malaurie, *Clunet*, 1967.622, obs. B.G. Toute l'ambiguïté de la solution a d'ailleurs disparu dans l'arrêt de la Cour de renvoi, Orléans, 8 juillet 1968, *Clunet*, 1969.408, obs. B. G., *Adde*, Paris, 10 octobre 1969, *Clunet*, 1970.352, obs. Dayant, selon lequel la non-réparation du préjudice moral en droit suisse n'est pas contraire à l'ordre public, et Cass. 6 janvier 1971, inédit, rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt.

(3) V. BARTIN, *Etudes...* 1899, p. 235 et s., *Principes*, t. I, § 92 et 93.

(4) V. plus particulièrement MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 66 et s. ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, n° 87 et s.

(5) Sur la manière de limiter le domaine d'intervention de la loi française, v. la thèse des lois d'application immédiate, *infra*, n° 251 et s.

relatif à la matière des contrats, encore qu'en l'espèce, il se soit agi d'un problème de capacité, nous reviendrons sur l'arrêt déjà évoqué (1) de la Cour de Paris du 16 février 1966 (2). Nous avons vu que la Cour (3) avait apprécié la capacité d'un mineur allemand de 18 ans de s'engager dans la Légion Etrangère au regard de la loi française (4), et non de la loi nationale du mineur, au motif que les lois françaises « concourant à l'organisation de la défense du pays, y compris (...) leurs dispositions relatives à la capacité des mineurs de s'engager dans l'armée » étaient d'ordre public et s'imposaient même aux étrangers (5). Or si les lois relatives à l'organisation de l'armée répondent effectivement à la notion de loi de police, il semble inexact d'admettre que c'est encore le cas des conditions de *capacité* nécessaire pour souscrire un engagement dans l'armée (6). Le contrat d'engagement était certes soumis à la loi française en raison du caractère de police de cette loi, et du fait qu'il s'agissait d'un contrat conclu en vue de participer à l'exercice d'un service public (7). En revanche, la capacité de contracter ne relève pas de la loi du contrat (8) mais de la loi personnelle du contractant, qui assure ainsi la permanence de la protection de l'individu ; cette règle doit également jouer lorsqu'il s'agit de la capacité de s'engager dans l'armée. Ce qui est en cause, en effet, dans les dispositions relatives à la capacité de s'engager dans l'armée, c'est la protection de l'individu (9) et non l'organisation de l'armée (10). Comme l'a

(1) *supra*, n° 245.

(2) Paris, 16 février 1965, *Rev. crit.*, 1966.453, note Lagarde (infirmant la décision de première instance, Seine, 28 mai 1964, *Clunet*, 1965.399, obs. B.G.).

(3) La question avait été soumise tant devant les juridictions de l'ordre judiciaire que devant les tribunaux administratifs, en raison du caractère administratif que paraît avoir le contrat d'engagement dans l'armée française (V. A. TOUBIANA, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Contrat administratif*) — V. les solutions adoptées dans ces diverses instances dans la note Lagarde, *Rev. crit.*, 1966.456 et s. *Adde* le rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de Paris par la Cour de cassation, 2 décembre 1968, *Rev. crit.* 1969. 281, note P. L.

(4) Au regard de la loi du 31 mars 1928 et non de l'article 374 du Code civil comme en première instance. Notons que celle-ci a été abrogée par la loi n° 68-688 du 31 juillet 1968, qui maintient néanmoins dans son article 1^{er} l'exigence du consentement du représentant légal du mineur de moins de vingt ans.

(5) L'affirmation est reprise sensiblement dans les mêmes termes par l'arrêt de la Cour de cassation, cité *supra* note 3.

(6) Le caractère de lois de police de dispositions relatives à la capacité de contracter dépend des circonstances. Les conditions spéciales à certains contrats répondent à cette notion, telles par exemple les conditions relatives au contrat de travail.

(7) V. *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Contrat Administratif*, par A. TOUBIANA, n° 4. Cette circonstance avait été relevée dans la décision de première instance. Seine, 28 mai 1964, *Clunet*, 1965.399, obs. Goldman.

(8) Contrairement à ce qu'avait admis expressément la décision de première instance, au motif qu'il s'agissait d'un contrat de droit public ; cf. sur ce point, les observations critiques de B. Goldman, *Clunet*, 1965.399.

(9) Dans ce sens également la note P. Lagarde, *Rev. crit.*, 1966.460.

(10) On peut d'ailleurs remarquer une certaine contradiction, dans l'arrêt de Paris entre les solutions admises sur le terrain de la *compétence législative* et sur

remarqué M. Paul Lagarde, il y aurait « quelque cynisme à soutenir que la possibilité d'engager dans la Légion Etrangère des jeunes étrangers incapables selon leur loi nationale, serait exigée par les besoins de l'organisation de la défense nationale » (1). Même si le silence des textes relatifs à la Légion Etrangère quant aux conditions de capacité peut s'interpréter comme un signe de l'inutilité du respect de la légalité, fut-elle étrangère, il semble préférable d'y voir plutôt une référence implicite à la loi nationale du mineur (2). Sans doute, peut-on être choqué par le fait que seront alors admises comme conditions d'entrée dans l'armée française, les conditions d'engagement édictées pour une armée étrangère. L'ironie de la chose ne permet pas cependant de tenir pour des lois de police, applicables aux étrangers, les dispositions de la loi française relatives à la capacité de s'engager dans l'armée. C'est pourquoi, il semble qu'en l'espèce la règle traditionnelle de conflit en matière de capacité, donnant compétence à la loi allemande, aurait dû être appliquée (3), d'autant plus qu'elle aurait conduit au même résultat, la loi allemande comme la loi française exigeant le consentement du représentant du mineur de 18 ans.

247. — D'autres exemples pourraient être donnés du rôle excessif accordé à la loi française (4) dans des matières qui pourraient

celui de la *compétence juridictionnelle*. La Cour fait abstraction de la décision du Conseil d'Etat du 10 mars 1965, qui avait admis que la question de la capacité du mineur relevait de la juridiction administrative, et qu'elle n'était pas une question préjudicielle contrairement à ce qu'avait admis la juridiction administrative de première instance. Or la Cour de Paris pour conserver la connaissance de l'affaire distingue entre l'acceptation de l'engagement militaire qui relève de la juridiction administrative et la manifestation de volonté de celui qui sollicite son enrôlement qui relève *de par sa nature* de la juridiction judiciaire (*Rev. crit.*, 66.455). Or si la distinction a pu être faite sur le terrain de la compétence juridictionnelle, pourquoi, en définitive, n'a-t-elle pas joué sur le terrain de la compétence législative ? Ou alors la conception admise par la Cour, de la nature des dispositions relatives à la capacité des mineurs à s'engager dans l'armée, aurait peut-être dû la conduire à reconnaître son incompétence. Si en effet les compétences législative et juridictionnelle ne sont pas en principe liées, l'assimilation des lois relatives à la capacité à celles qui concourent à l'organisation de la défense du pays, aurait dû conduire à la compétence des juridictions administratives compétentes en matière de contrat administratif (Cf. A. TOUBIANA, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Contrat Administratif*).

(1) P. LAGARDE, *Rev. crit.*, 1966.462.

(2) Dans ce sens également Lagarde, note *Rev. crit.*, 1966.462.

(3) Dans ce sens également, LAGARDE, *Rev. crit.*, 1966.460. Il faut, cependant, remarquer que la question n'a pas été soulevée dans le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris, qui portait uniquement sur la détermination du texte français applicable (cf. P. L. note *Rev. crit.*, 1969.263).

(4) On doit cependant reconnaître que ce rôle excessif accordé à la loi française n'est pas seulement le fait de la jurisprudence. Le législateur également dans ses dispositions récentes tend expressément à accroître le domaine de la loi française, ainsi par exemple dans la législation relative aux sociétés (Loi 24 juillet 1966) ou du transport maritime (Loi du 18 juin 1966) (v. *infra*, n^o 253). V. lorsque l'intention du législateur n'est qu'implicite, *infra*, n^{os} 255 et s.

être normalement soumises à des lois étrangères, notamment dans des matières qui étaient traditionnellement rattachées au statut personnel. Sans doute, l'intervention de l'Etat s'est-elle manifestée non seulement dans les relations patrimoniales, mais également dans le droit de la famille (1); cependant la prépondérance donnée à la loi française dépasse les cas où cette intervention est effective. Il apparaît ainsi que lorsque le caractère « d'ordre public » de la loi française est invoqué, c'est en définitive « l'ordre public international » qui intervient pour écarter la loi qui serait normalement compétente. Par cette « économie de moyens » (2), la jurisprudence fait de l'ordre public international une circonstance de rattachement, ce qui n'est guère son rôle.

3. *L'ordre public, circonstance de rattachement*

248. — Les confusions entretenues par la jurisprudence entre les lois d'ordre public et l'ordre public international, comme le large domaine attribué à ces notions, tendent en effet à faire de l'ordre public une circonstance de rattachement. On a pu écrire à ce propos que le phénomène faisait « des progrès, pour ne pas dire des ravages inquiétants » (3). Le procédé semble néanmoins avoir reçu l'approbation de la Cour de cassation, dans un arrêt de rejet récent. Au pourvoi qui reprochait à une Cour d'appel (4) « *d'avoir omis de déterminer la loi applicable... et d'en rechercher la teneur et ainsi considéré l'ordre public comme une circonstance de rattachement à la loi française et non pas comme une exception à la loi normalement compétente* » (5), la Cour de cassation (6) oppose l'article 335 du Code civil français. Celui-ci entraînerait selon la Cour, la nullité d'ordre public de toute reconnaissance d'enfant adultérin souscrite en France, « quelle que soit la nationalité de son auteur ou de l'enfant » (7). Sans doute, peut-on penser qu'il est inutile de déterminer la loi normalement compétente, puisque, quelle que soit sa teneur, le résultat sera identique. La nullité de la reconnaissance résultera de la loi étrangère, si elle est prohibitive, ou, de la loi

(1) V. Jacques FOYER, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Rev. crit.*, 1965.62. A l'étranger, l'affaire *Boll* constitue la meilleure illustration de ce phénomène.

(2) L'expression est de Paul LAGARDE (thèse précitée n° 120).

(3) DERUPPÉ, *Rev. crit.*, 1968.69, note sous Civ. 1^{re}, 3 juin 1966.

(4) Celle-ci avait annulé la reconnaissance faite en France d'un enfant adultérin, au motif qu'elle était contraire à l'ordre public quelle que put être la nationalité de son auteur. Un autre arrêt de la Cour de Paris a dans une espèce semblable admis la compétence de la loi personnelle (Paris, 8 mars 1966, D., 1966.525, note Malaurie).

(5) *Rev. crit.*, 1968.65.

(6) Civ., 1^{re}, 3 juin 1966, *Dlle Domino/Vve Ginesty*, D., 1967, Somm. 7, *Rev. crit.*, 1968.64, note Deruppé, *Clunet*, 1967.623, note Malaurie.

(7) *Rev. crit.*, 1968.65.

française évinçant la loi étrangère, si elle ne l'est pas (1). Si le procédé utilisé par la jurisprudence peut paraître présenter l'avantage de donner *directement* une solution, il a l'inconvénient de faire produire à la même notion, tantôt un effet *négatif* — ce qui est le rôle traditionnellement (2) attribué à l'ordre public international — tantôt un effet *positif*. Or, l'ordre public invoqué à cette dernière fin évoque néanmoins l'idée d'une compétence « anormale » de la loi française, alors qu'il s'agit ici de déterminer une méthode de rattachement des lois de police qui ne soit pas occasionnelle. Aussi, *vaut-il mieux avoir recours à deux procédés distincts, lorsque les buts à atteindre sont eux-mêmes distincts*. Ce qui est le cas, même si de prime abord, il s'agit d'aboutir à la compétence de la loi française. Mais, lorsque l'ordre public international au sens traditionnel intervient, la loi française n'est appliquée que faute de pouvoir « recevoir » la loi étrangère contraire aux conceptions du for, tandis que la compétence de la loi de police française dépend de circonstances qui lui sont propres : elle ne dépend que du champ d'application qu'il est nécessaire de lui reconnaître en raison de ses objectifs ou même que le législateur lui attribue expressément. Si la tendance de la jurisprudence consistant à faire de l'ordre public une circonstance de rattachement est critiquable de ce point de vue, elle l'est également sur un plan plus général, celui du rôle des règles de conflits dans les relations internationales.

249. — On tient généralement l'ordre public international au sens traditionnel pour un élément perturbateur de la règle de conflit (3) mais considéré dans cette nouvelle fonction, il remplit un véritable rôle destructeur du droit des conflits de lois (4) qui, à plus ou moins longue échéance, entraînerait une élimination des conflits de lois (5). Ainsi généralisé, le procédé va donc à l'encontre des objectifs du droit international privé, qui sont de coordination et d'harmonie-

(1) La solution aurait-elle été identique, si la reconnaissance n'avait pas été faite en France ? On pourrait penser que les termes employés par la Cour évoquent une distinction à faire, selon le lieu de la reconnaissance. Mais on peut se demander si l'effet atténué de l'ordre public en matière de droit acquis à l'étranger jouerait en l'espèce, comme dans l'affaire *Henrich*. Il semble que non, et que l'opposition entre la « filiation alimentaire » et la « filiation légale » commande toujours une différence de solutions quant à la réaction de l'ordre public (dans ce sens, BATIFFOL, *Traité*, 4^e éd., n° 476, *contra*, Jacques FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, Paris, 1962, n° 354), du moins avant la réforme de la filiation en France par la loi du 3 janvier 1972.

(2) Si la tradition n'est pas ancienne, il semble néanmoins que l'usage de ce terme soit justifié compte tenu de l'acceptation très générale, par la doctrine contemporaine, de cette conception de l'ordre public international.

(3) *Contra*, P. LAGARDE, qui a tenté de mettre en évidence, dans sa thèse précitée (n°s 156 et s.) que l'ordre public était sous certains aspects, un élément de cohésion des divers systèmes juridiques.

(4) Dans ce sens également, DERUPPÉ, note sous Civ., 1^{re}, 3 juin 1966, *Rev. crit.*, 1968.64, spéc. p. 70.

(5) Dans ce sens également, LAGARDE, note *Rev. crit.*, 1966.459.

sation des systèmes juridiques. L'objection ne tomberait que si l'on faisait de même relativement aux lois étrangères particulièrement impératives. Or précisément, le domaine d'intervention de cet ordre public est si vaste, que même si on admettait la bilatéralisation du procédé (1), cela laisserait en définitive peu de place aux lois étrangères. Il en résulterait une « régression » du droit international privé, qui paraîtrait pour certains répondre à l'évolution du droit interne, mais qui serait par la même occasion contraire à l'évolution des relations internationales.

250. — Ainsi les procédés utilisés par la jurisprudence pour imposer la compétence de la loi française encourent-ils la critique à ces différents points de vue. Ces critiques ont fait apparaître la nécessité d'une part, d'utiliser une méthode de rattachement des lois de police du for distincte de la technique de l'ordre public international, d'autre part d'éviter de reconnaître trop largement le caractère de lois de police aux dispositions de la loi française. C'est à ces deux objectifs que paraît répondre la thèse des lois « d'application immédiate » qui sera évoquée dans un second point.

B. — LA THÈSE DES LOIS D'APPLICATION IMMÉDIATE.

251. — La notion de loi d'application immédiate, suggérée à l'origine par M. Francescakis (2) semble-t-il pour tenter d'expliquer les solutions de la jurisprudence, connaît actuellement en France (3) un succès considérable, au point que chacun s'efforce d'en voir la consécration par la jurisprudence récente. L'auteur, partant de la constatation que le juge français appliquait dans certaines circonstances la loi française sans passer apparemment par l'intermédiaire de la règle de conflit de type classique, eut recours pour décrire ce phénomène à l'expression de loi d'application immédiate ; l'application de celle-ci étant « *immédiate* » par rapport à l'application « *médiate* » qui résulte du jeu de la règle de conflit, lorsque la loi française

(1) La bilatéralisation du procédé consisterait, en l'espèce, non pas à invoquer l'ordre public international français au profit d'une loi étrangère, ce que la jurisprudence a parfois fait lorsque cette loi était violée (v. *infra*, n° 262 et s.), mais à invoquer l'ordre public étranger pour justifier la compétence d'une loi étrangère. Il faut remarquer qu'il s'agirait de l'ordre public étranger interne et non international, ce qui laisse supposer que lorsque le procédé intervient en faveur de la loi du for, c'est bien l'ordre public interne qui est en cause et non l'ordre public international.

(2) L'expression est utilisée pour la première fois dans la thèse de l'auteur, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 11 et s. V. *infra*, note 1 p. 219, les autres publications relatives à la matière.

(3) V. *infra*, au texte, les notions similaires admises à l'étranger.

est désignée par cette règle ou qu'elle se substitue à la loi étrangère normalement compétente contraire à l'ordre public international français. Devant le succès de l'expression, l'auteur fut conduit à préciser la notion de lois d'application immédiate quant à leur domaine et quant à leur place dans un système de droit international privé (1). D'une part, celui-ci met en relief l'existence dans l'ordre juridique du for de lois dont « *l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* » quels que soient les éléments d'extranéité en cause, et qui par voie de conséquence ne supportent aucune concurrence avec les lois étrangères (2). D'autre part, l'auteur estime que la prise en considération de ces lois ne résulte pas d'une règle de conflit, mais de la *délimitation unilatérale de leur domaine d'application*, *délimitation antérieure à et indépendante de toute règle de conflit*.

La notion de lois d'application immédiate par ces caractéristiques rejoint ainsi des notions dégagées presque au même moment (3) à l'étranger : celle, en Italie (4), de « *norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia* » qui tend à être supplantée par celle de « *norme di applicazione necessaria* », (règles d'application nécessaire) ou, celle de « *Exclusivsätze* » en Allemagne (5) (6). Ces diverses notions mettent en évidence le fait que certaines lois, par suite du domaine d'application qu'elles s'assignent ou qu'il paraît nécessaire de leur assurer, s'accommodent mal du procédé classique de la règle de conflit (7), qui prend pour point de départ la relation humaine présentant des éléments d'extranéité pour l'attribuer à une loi déterminée (8). Au contraire, le

(1) V. Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur « les lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit.*, 1966. 1 et s. ; « Lois d'application immédiate et règles de conflits », *Riv. dir. int. civ. e proc.*, 1967.691 et s. ; *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Conflits de lois*, n^{os} 122 et s. ; V. également l'étude de M. GRAULICH, « Règles de conflits et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, 1963, p. 629 et s.

(2) *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Conflits de lois*, n^o 137.

(3) V. les notions similaires admises antérieurement, *infra*, note 2 p. 229.

(4) V. DE NOVA, « I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia », *Diritto internazionale*, 1959.13 et s. ; en français, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, 1960, t. I, p. 377 et s. ; du même auteur, « Conflict of Laws and Functionally Restricted substantive Rules », *California Law Review*, 1966, vol. 54, p. 1569 et s. — V. également la notion de « règles autolimitatrices » de CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 103 et s. Adde, les auteurs cités *infra*, note 4 p. 244.

(5) Cf. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., 1964, p. 87.

(6) V. également les notions équivalentes admises aux Pays-Bas dans la note, STRUYCKEN, *Rev. crit.*, 1967.527 et s., sous Cass., Pays-Bas, 13 mai 1966.

(7) Par la même occasion, ces lois s'intègrent mal dans les règles de conflit élaborées jusqu'à présent. En effet, lorsque ces lois sont désignées par une règle de conflit déjà établie, le domaine d'application qu'elles s'assignent paraît en définitive s'opposer à leur application (v. sur cette question, *supra*, n^{os} 235 et s.).

(8) V. *infra*, n^o 254, l'origine de la prépondérance de ce type de raisonnement.

procédé qui consisterait à partir du domaine d'application de la loi du for pour l'étendre à une relation déterminée — procédé qui équivaut à un « auto rattachement » — leur conviendrait davantage. Dans la mesure où l'on recherche ici un procédé de rattachement des lois de police du for, il est particulièrement intéressant de voir comment s'effectue celui des lois d'application immédiate et de situer ce procédé dans un système de droit international privé. En effet si, à l'époque où l'expression de lois d'application immédiate a fait son entrée dans le vocabulaire des internationalistes, les rapports de cette notion avec celles de lois de police et de sûreté et des lois d'ordre public étaient mystérieux, il semble bien en définitive que cette notion recoupe celle de lois de police (1). L'intérêt de la notion de lois d'application immédiate apparaît davantage si l'on tient compte des critères de distinction qui sont proposés. Ainsi, deux points seront-ils évoqués successivement, d'une part, l'intérêt de la notion de lois d'application immédiate 1), d'autre part, la place des lois d'application immédiate dans un système de droit international privé 2).

1. Intérêt de la notion de lois d'application immédiate

252. — La notion de lois d'application immédiate présente principalement un double intérêt. D'une part, elle constitue un fondement de la compétence de la loi du for plus rationnel (2) que les divers procédés utilisés par la jurisprudence dans la mesure où elle évoque l'idée d'une *compétence normale* de celle-ci (3) que ne révèle pas l'utilisation plus ou moins camouflée de l'ordre public international (4). D'autre part, la détermination des lois qui seraient

(1) FRANCESKAKIS, *Rev. crit.*, 1966.4 et *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Conflits de lois*, nos 121 et 136; GOLDMAN, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *Trav. Com. fr. dr. int. privé*, 1966-1969, p. 119 et s.

(2) V. cependant, *infra* nos 258 et s., les réserves que l'on peut faire à l'idée selon laquelle la compétence de la loi du for au titre de loi d'application immédiate aurait un fondement très différent de celui des règles de conflit ordinaires.

(3) Au demeurant, l'application de la loi « immédiate » du for et l'exception de l'ordre public ne répondent pas exactement aux mêmes conditions. M. GRAU-LICH (art. préc., p. 634, note 4) estime au contraire qu'elles ont un rôle similaire et qu'« elles situent toutes deux le niveau de tolérance du for vis-à-vis des systèmes étrangers ». Ce qui est contestable car, lorsque la loi du for paraît avoir une importance telle qu'elle n'entre pas en concurrence avec les lois étrangères (ce qui correspond à la conception de M. Francescakis), la considération de la loi étrangère n'intervient même pas, contrairement au processus d'intervention de l'ordre public.

(4) M. FRANCESKAKIS (art. préc., *Rev. crit.*, 1966, p. 8) met en évidence la supériorité de l'application immédiate de la loi du for sur l'intervention de l'ordre public à deux points de vue. D'une part, en raison des doutes qui subsistent chez certains auteurs (cités p. 8, note 2) quant au fait que l'intervention de l'ordre public se fasse nécessairement au bénéfice de la loi du for, même si

d'application immédiate apparaît plus nettement qu'au travers des critères proposés jusqu'à maintenant pour distinguer les lois de police. Celles-ci sont d'abord des lois auxquelles le *législateur a expressément assigné un champ d'application déterminé* (1) (a), ensuite, celles qui, en l'absence de dispositions expresses sur ce point (b), reflètent une *volonté d'organisation étatique du législateur* (2).

a) *Lois fixant expressément leur propre domaine d'application.*

253. — Les premières sont évidemment plus aisément discernables, mais également en nombre limité, car il est constant que le législateur national se soucie peu des incidences internationales des textes qu'il édicte. Il est cependant caractéristique de constater que les législations les plus récentes en France contiennent des dispositions expresses concernant leur champ d'application. Par ce procédé, le législateur parvient à assurer une plus grande efficacité aux dispositions impératives du droit interne malgré l'existence d'éléments d'extranéité, alors que l'observation de ces dispositions ne serait qu'éventuelle s'il était laissé place aux incertitudes d'une règle de conflit ordinaire.

Ainsi en vertu de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française ». La législation française sera donc appliquée dès qu'une société aura son siège social en France (3), ce qui n'aurait pas été tout à fait certain avec la règle de conflit française désignant la loi applicable aux sociétés (4). La loi du 18 juin 1966 sur le transport maritime de marchandises contient également des dispositions relatives à son champ d'application dans l'espace (5). Selon l'ar-

l'on adoptait la double conception de l'ordre public de Lerebours-Pigeonnière, à savoir le respect des principes généraux et la « sauvegarde de certaines politiques législatives ». D'autre part, l'inutilité de recourir au « laborieux raisonnement » de la règle de conflit, lorsqu'on estime que certaines lois doivent toujours être appliquées.

(1) Nous espérons ne pas trop déformer la pensée de M. Francescakis en disant que ces lois sont d'« application immédiate ». En effet, nous verrons que pour cet auteur les lois d'application immédiate se distinguent des *règles de conflit unilatérales*. Or, il est incontestable que la plupart des lois qui fixent expressément leur propre domaine d'application peuvent s'analyser comme édictant des règles de conflit unilatérales.

(2) FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Conflits de lois*, n° 125.

(3) Ce qui ne veut d'ailleurs pas dire que la loi française sera nécessairement inapplicable, si le siège de la société est situé à l'étranger.

(4) La difficulté tient principalement aux incertitudes relatives à la notion de *nationalité* des sociétés. V. sur ce point BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 394 et n°s 192 et s.

(5) V. E. DU PONTAVICE, « Loi du 18 juin 1966 et décret du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime », J.C.P., 1967.I.2063 ; SOYER, « Le droit nouveau des contrats d'affrètement et de transport maritime », *Rev. trim. dr. com.*, 1967.1 et 375 et s. ; du même auteur : « Les aspects de Droit

ticle 16 alinéa 1 de cette loi « Le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tous cas aux opérations de transport qui sont hors d'un champ d'application d'une telle convention ». En vertu de ce texte, la loi française sera applicable au transport maritime chaque fois que son point de départ ou de destination sera un port français (ou assimilé), à moins que la Convention de Bruxelles de 1924 ne soit applicable en raison des conditions d'application dans l'espace de cette Convention (1). De plus, même dans les cas où la Convention s'applique (2), les opérations qui n'entrent pas dans le domaine d'application de celle-ci seront soumises à la loi française (3). La Convention ne vise en effet que les opérations comprises entre le chargement et le déchargement de la marchandise tandis que la loi française de 1966, mettant fin au sectionnement du contrat de transport maritime, s'applique de la prise en charge de la marchandise jusqu'à la livraison de celle-ci (4). Par ce procédé (5) le législateur confère donc à la loi française un *domaine certain* beaucoup plus étendu que celui qui pouvait résulter du jeu de la règle de conflit ordinaire relative au contrat de transport maritime (6). Celle-ci ne retrouvera ses titres de compétence que hors du domaine d'application de la loi française fixé par l'article 16. On a cependant mis en doute une telle conséquence et estimé que les parties conservaient toujours la faculté de choisir la loi applicable au contrat de transport dans la mesure où la loi choisie serait aussi

international privé de la réforme du Droit maritime », *Clunet*, 1969.610 et s. ; M. SIMON-DEPITRE et Cl. LEGENDRE, « La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transport maritime et le droit international privé », *Clunet*, 1967.598.

(1) La Convention de Bruxelles est applicable dès que le connaissance a été émis dans un Etat contractant.

(2) La Convention ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de transports d'animaux vivants ou de cargaisons mises sur le pont.

(3) Toujours évidemment lorsque le port de départ ou de destination est français. On ne peut en effet retenir l'interprétation de M. du Pontavice (art. préc., n° 23) qui estime que les termes « en tout cas » signifient que la loi française sera applicable même en dehors des cas prévus au début de l'article 16.

(4) Pour une application de ces principes, v. Trib. com. Marseille, 7 septembre 1971, D., 1971.662, note Rodière. La compétence de la loi française, qui dépend du point de départ ou de destination du transport, pourra cependant entrer en conflit avec la loi applicable aux *opérations de manutention* qui est, en vertu de l'article 57 de la loi de 1966, celle de la loi du port où opère l'entrepreneur.

(5) Pour un procédé analogue, à l'étranger, v. les références citées *supra*, note 8, p. 47. Adde, les anciens articles 4 et 5 du Code de navigation marchande maritime de l'U.R.S.S. (*Rev. crit.*, 1970.577), abrogés par le décret du 1^{er} octobre 1968 qui utilise une technique équivalente (article 14 de ce décret, in *Rev. crit.*, 1971.151).

(6) Il faut cependant remarquer que la jurisprudence avait avant 1966 parfois étendu le domaine d'application de la loi de 1936 en invoquant son caractère d'ordre public international, v. *supra*, n° 60 et s.

protectrice des intérêts des chargeurs (1) que la loi française (2). Si le doyen Rodière avait invoqué dans ce sens l'interprétation par la jurisprudence belge (3) d'une disposition semblable à celle de la loi française, il semble bien qu'il admette en définitive que le texte de l'article 16, du fait même de ses termes (4), ne peut être qu'*impératif* (5).

C'est d'ailleurs l'interprétation qui a été donnée aux Pays-Bas à l'article 517 *d* du Code de commerce néerlandais. Celui-ci prescrit l'application de la loi néerlandaise, même s'il s'agit d'un transport international, lorsque ce transport présente certaines attaches avec la sphère juridique néerlandaise (6). La Cour suprême (7) a refusé de tenir compte du choix des parties exprimé dans les connaissements en faveur de la loi anglaise (8), du moment que le transport s'effectuait à destination d'un port hollandais. On voit mal, en effet, comment on pourrait interpréter autrement la volonté expresse du législateur d'assigner un certain domaine d'application à sa loi nationale lorsque l'opération présente des points de contact précis avec la sphère juridique de ce pays.

Pour en revenir à l'article 16 de la loi de 1966, il en résulte que lorsque ces points de contact existent — port français de départ ou de destination — la loi française relative au transport maritime de marchandise présente

(1) Il faut remarquer que la considération des intérêts des chargeurs ne répond pas au désir de protéger les chargeurs, mais en définitive, de favoriser certains intérêts économiques des pays de chargeurs. Pour une interprétation semblable relative à l'article 517 *d* du Code de commerce néerlandais, v. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *Rev. crit.*, 1958.65, et les auteurs cités *op. cit.*, p. 65, note 2.

(2) V. sur ce point l'interprétation de l'opinion de M. RODIÈRE (*Précis Dalloz*, n° 39) par M. du Pontavice (art. préc., n° 23).

(3) V. R. RODIÈRE, *Traité général de droit maritime. Affrètements et transports*, t. II, Dalloz, 1968, n° 806.

(4) On doit noter que si M. Rodière est l'auteur du texte, il n'en est pas l'instigateur. Celui-ci en effet aurait préféré qu'une solution moins nationaliste fut adoptée, ne serait-ce qu'en raison des difficultés que peuvent provoquer la multiplication de dispositions de ce genre dans les législations étrangères. Aussi avait-il proposé dans son avant-projet une véritable règle de conflit. V. sur tous ces points, R. RODIÈRE, *Traité*, préc., nos 793 et s.

(5) R. RODIÈRE, *Traité*, préc., n° 795.

(6) L'article 517 *d* du Code de commerce néerlandais prévoit l'application des dispositions impératives des articles 470 et 471 *a*), annulant les clauses de non-responsabilité lorsque le transport maritime a lieu à destination d'un port néerlandais et que les clauses ne sont pas valables également dans le pays du chargement.

(7) Hoge Raad, 12 décembre 1947, *Solbendera*, N.J., 1948.608, note Houwig (transport par mer de Rio à Hoek-van-Holland). V. pour une analyse plus détaillée des circonstances de l'espèce, STRUYCKEN, *Rev. crit.*, 1967.521 et s.). On a longtemps considéré que cet arrêt rejetait le principe de l'autonomie de la volonté pour les dispositions impératives du droit néerlandais, alors qu'en définitive, la solution s'explique par le caractère de l'article 517 *d*) et le domaine d'application nécessaire qu'il confère à la loi néerlandaise.

(8) Les Pays-Bas n'ont adhéré à la Convention de Bruxelles qu'en 1957.

le caractère d'une *loi de police* (1) ou si l'on préfère d'une *loi d'application immédiate* (2), mais également qu'elle perd ce caractère lorsque ces conditions de rattachement à la loi française sont absentes.

254. — Ces exemples sont assez caractéristiques de la tendance nouvelle du législateur français de déterminer, tout au moins partiellement, les incidences internationales des lois nationales ; ils sont d'autant plus caractéristiques qu'ils permettent de constater que le législateur procède ainsi dans des matières impératives qui sont étroitement liées à l'activité économique du pays. On trouve également quelques dispositions de ce type dans des lois moins récentes (3), de même qu'à l'étranger, telles par exemple, la législation allemande sur les cartels (4) ou la législation italienne relative aux droits d'auteurs (5).

D'autres lois déterminent aussi leur domaine d'application quoique sous des formes moins précises, ainsi par exemple les législations de change. Celles-ci fixent leur domaine d'application en effet dans la mesure où elles visent des opérations qui s'étendent au delà des frontières. On peut estimer que c'est également le cas des lois qui confèrent certains droits exclusivement aux nationaux (6). Sans doute admet-on en France que la matière relève de la *condition des étrangers*, mais il faut bien reconnaître que si la considération de l'élément d'extranéité influe sur le domaine d'application de la loi, c'est bien parce que le législateur entend en délimiter l'application dans l'espace. La seule différence réside dans le fait que, alors que les autres exemples témoignent de l'intention d'*étendre* le domaine d'application de la loi française au delà de son domaine « normal », celui-ci est au contraire *restreint* quant à la jouissance des droits. Mais on se trouve ici à la limite de l'hypothèse où le législateur fixe

(1) L'expression est employée par M. du Pontavice, art. préc., n° 23. V. cependant les réserves qui seront faites à cette qualification, *infra*, n°s 290 et s.

(2) Dans ce sens, J. DE GRANDCOURT, *Dictionnaire permanent, Droit des affaires* : « Réforme du droit des contrats d'affrètement et de transport maritime », n° 32.

(3) V. les exemples cités *supra*, note 1 et 2 p. 211

(4) En vertu du paragraphe 98, alinéa 2 G.W.B., la loi allemande prohibant les restrictions à la concurrence s'applique à toutes les ententes qui exercent leurs effets en Allemagne, même si les actes qui sont à l'origine de ces effets ont été accomplis à l'étranger (v. sur ce point ZWEIFERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.656 et s., et les auteurs cités par M. Zweigert).

(5) La loi italienne du 22 avril 1941 s'applique à toutes les œuvres d'auteurs italiens ou étrangers domiciliés en Italie qui sont publiées pour la première fois en Italie (v. sur ce point DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, 1960, p. 381 et s.).

(6) Dans ce sens également M. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions... », *Rev. crit.*, 1966.10, note 1) quoiqu'il reconnaisse que cette idée ne concorde pas tout à fait avec la conception de la doctrine française relative à la condition des étrangers et à la jouissance des droits.

expressément le champ d'application de la loi, aussi faut-il maintenant voir ce qu'il en est lorsque le législateur ne s'est pas prononcé expressément.

b) Lois dont le domaine d'application n'est pas fixé expressément.

255. — La détermination des lois qui seraient d'application immédiate en l'absence de volonté expresse du législateur est plus délicate. Il ne fait pas de doute que l'absence de dispositions relatives au domaine d'application de la loi ne signifie pas que le législateur s'en désintéresse et qu'il abandonne la prise en considération de la loi du for au libre jeu de la règle de conflit dès qu'un élément d'extranéité apparaît. C'est en définitive au juge de pallier ces insuffisances car il ne fait également pas de doute que la loi du for doit parfois nécessairement être observée malgré l'existence d'éléments d'extranéité. On peut penser qu'il faut alors pour étendre le domaine d'application de la loi du for que la volonté du législateur dans ce sens ne soit pas équivoque (1). Mais il faut bien reconnaître que cette volonté ne peut apparaître qu'au travers du *contenu des dispositions en cause* et des *objectifs* que ce contenu révèle. C'est, semble-t-il, la conception de MM. de Nova (2) et Graulich (3) qui estiment que le critère des lois d'application immédiate doit être trouvé dans les buts exprimés par la loi du for. La conception de M. Francescakis est plus nuancée quoiqu'il vienne en définitive à un critère équivalent. Pour cet auteur, en effet, ce qui peut dans une première approche caractériser ces lois d'application immédiate, c'est « l'élément d'organisation étatique qu'elles reflètent » (4). Mais il reconnaît que l'emprise de l'Etat sur la vie privée est telle de nos jours que cette notion s'étend également à « tout élément d'organisation juridique qui intéresse directement la société étatique » (5). Allant même plus loin, il se demande si ce n'est pas encore le cas lorsqu'il s'agit de types d'organisation, qui ne relèvent pas de l'initiative directe de l'Etat mais qui sont *d'importance vitale pour lui* (6). Or si l'on cherche à déterminer ce qui est d'importance vitale pour l'Etat, il faut reconnaître que c'est, dans une large mesure,

(1) Dans ce sens, P. LAGARDE, *Rev. crit.*, 1966.462, note sous Paris, 16 février 1966.

(2) DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, 1960, p. 382.

(3) GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, 1963, t. II, p. 632. M. Graulich distingue deux sortes de lois d'application immédiate, les premières reposent sur une assimilation de la relation internationale à une relation interne en raison de la finalité de la loi du for, les secondes tiennent au fait qu'un national est en cause (exemples, art. 7 E.G. BGB, loi belge du 27 juin 1960).

(4) FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Conflits de lois*, n^o 125.

(5) *Op. cit.*, n^o 126.

(6) *Op. cit.*, n^o 127.

assurer ses objectifs sociaux ou économiques (1), même si les manifestations de son action paraissent de prime abord de portée plus limitée. D'ailleurs M. Francescakis admet plus loin que les lois d'application immédiate sont celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays » (2). Bien que l'auteur s'attache essentiellement à la notion de *structure* et d'*organisation matérielle* (3) et que sur ce point il entende marquer la différence de ses conceptions avec celles de Pillet (4), il semble qu'on en revienne à l'idée que celles-ci traduisent les objectifs sociaux ou économiques du législateur. Sans doute ce critère de distinction est-il dans un sens plus précis que celui qui consiste à scruter les intentions du législateur, mais en définitive ils se recoupent car si ces éléments « d'organisation » ou de « structure » apparaissent, les objectifs du législateur n'en sont que plus évidents. Au demeurant, on peut se demander si le critère d'organisation matérielle n'est pas aussi difficile à mettre en œuvre en toute certitude que la recherche des objectifs poursuivis par le législateur. En tous cas, il ne paraît pas pouvoir recouvrir toutes les hypothèses où la loi du for est ou paraît devoir être appliquée quels que soient les éléments d'extranéité en présence. La preuve en est que dans certaines matières où le législateur s'est expressément prononcé sur le domaine d'application de la loi du for, les critères proposés pour étendre le domaine d'application de la loi du for en cas de silence du législateur, ne se retrouvent pas, ce qui est particulièrement flagrant en matière de transport maritime (5).

(1) L'idée apparaît également dans l'article précité de M. FRANCESCAKIS (*Rev. crit.*, 1966.11 et 12). L'auteur montre que la nature des lois d'application immédiate est révélée par leur objet, et que celles-ci sont, en quelque sorte, les dispositions qui résultent de la prise en charge par l'organisation étatique des intérêts communs.

(2) *Op. cit.*, n° 137.

(3) V. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions... », *Rev. crit.*, 1966.17 et s.

(4) PILLET (v. principalement, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, 1923, p. 110 et s.), en effet, s'attachait aux objectifs sociaux du législateur pour caractériser les lois « de garantie sociale ou d'ordre public » qui devaient recevoir une application territoriale — ce qui paraît précisément insuffisant (v. FRANCESCAKIS, *op. cit.*, p. 17). Ce critère a été retenu par la Cour de La Haye dans l'affaire *Boll* (C.I.J., 28 novembre 1958, *Rev. crit.*, 1958.713. V. H. BATIFFOL et Ph. FRANCESCAKIS, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du Droit international privé », *Rev. crit.*, 1959. 259). Mais il faut reconnaître que la théorie de Pillet a toujours été sévèrement critiquée (v. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1950, p. 204 et s.). Cependant, à notre avis, c'est moins ce critère des lois de garantie sociale que l'opposition qu'il fait entre ces lois et les lois de protection individuelle qui encoure la critique. La doctrine de Pillet peut également paraître insuffisante dans la mesure où il ne prend en considération que les objectifs sociaux du législateur. Mais à son époque, l'emprise de l'Etat sur les relations privées était surtout dictée par des préoccupations sociales, alors que depuis, l'intrusion de l'Etat se manifeste davantage dans le domaine économique.

(5) V. notamment, *infra*, n° 290.

256. — En définitive, il semble qu'en dépit des critères de distinction plus précis que ceux proposés jusqu'à maintenant, il faille reconnaître qu'une délimitation certaine des lois d'application immédiate ou des lois de police est impossible, dès qu'elle ne résulte pas des termes exprès du législateur. Cette imprécision qui paraît de prime abord incompatible avec l'énoncé d'une règle de droit ne doit cependant pas conduire à rejeter ces notions, car elles répondent néanmoins à des réalités concrètes. Aussi convient-il, à présent, de voir quelle place est faite aux lois d'application immédiate dans un système de droit international privé.

2. Place des lois d'application immédiate dans un système de droit international privé

257. — Les lois d'application immédiate occuperaient une place à part dans un système de droit international privé. Elles se distingueraient d'une part des *règles de conflit*, d'autre part, des *règles matérielles* de droit international privé. Sur ce second point, l'opposition ne paraît pas faire de doute. On peut définir en effet la règle matérielle de droit international privé (1) comme une règle d'origine interne (2) ou internationale (3) propre à l'ordre international. Elle procède d'une réglementation substantielle et directe des rapports internationaux et s'applique dès qu'un élément d'extranéité intervient (4), tandis qu'à première vue, la loi d'application immédiate du for n'est applicable qu'en raison de certaines attaches avec le for (5). S'il s'agit dans les deux cas de règles applicables à des situations « internationales », la différence réside dans leurs conditions d'appli-

(1) V. notamment FRANCESCAKIS, *Le renvoi...*, n° 1 et 12; VON OVERBECK, « Les règles de droit international privé matériel », *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, Leyde, 1962, p. 362 et s.; STEINDORFF, *Sachnormen im I.P.R.*, Francfort, 1958. V. les autres auteurs cités, p. 538, note 2 par BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Rev. crit.*, 1966.537 et s.

(2) Sont ainsi des règles matérielles de droit international privé, les règles qui résultent des solutions admises par la jurisprudence française relatives à la validité des clauses-or dans les règlements internationaux, à la faculté d'une personne morale de droit public de compromettre (arrêt *Galakis*), à l'autonomie de la clause compromissoire sur le plan international (arrêt *Gosset*). Dans ce sens B. Goldman, « Règles de conflit, règles d'application immédiates, et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », 1967, *Trav. Com. fr. dr. int. privé*, 1966-1969, p. 119 et s.

(3) C'est le cas des règles matérielles introduites dans le droit interne sous l'effet d'un traité. V. sur ce point, BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Rev. crit.*, 1966.537 et s.

(4) V. cependant le cas des règles matérielles qui sont dépendantes de règles de conflit, in BAUER, article préc., p. 539 et s.

(5) Nous verrons (*infra*, n° 259) que c'est précisément parce que l'application « immédiate » de la loi du for est conditionnée par l'existence de points de contact avec le for qu'il paraît préférable d'admettre qu'elle résulte d'une règle de conflit simplement unilatérale.

cation (1). En revanche, l'opposition entre les *lois d'application immédiate* et les *règles de conflit* est plus délicate à préciser et on peut même se demander s'il est souhaitable de la consacrer, puisque si l'on admet que le procédé se distingue de la règle de conflit, il ne permettra en aucune manière de dégager une solution générale qui pourrait conduire à l'application de lois étrangères du même type, alors qu'il s'agit précisément ici de trouver une méthode générale de rattachement des lois de police. C'est pourquoi, après avoir mis en évidence les arguments avancés pour marquer cette opposition, nous verrons qu'il est préférable d'adopter une conception différente.

258. — Les arguments avancés par la doctrine pour marquer l'opposition entre les lois d'application immédiate et les règles de conflit tiennent, d'une part à des considérations *d'ordre technique*, d'autre part au fait qu'elles répondraient à des *finalités différentes*.

Pour M. Francescakis (2) la technique d'application immédiate de la loi du for est fondamentalement différente de la mise en œuvre d'une règle de conflit. L'application « immédiate » de la loi du for serait, en effet, *préalable* et *indépendante* de toute mise en œuvre d'une règle semblable. D'abord, parce qu'elle résulte de la délimitation du domaine de la loi du for et que la notion qui a été admise des lois d'application immédiate exclut toute idée de concurrence avec les lois étrangères. La loi du for est donc applicable sans qu'aucun choix n'intervienne, alors que *l'existence d'un choix* est caractéristique de la règle de conflit. De plus, il résulte également du fait qu'elle s'applique en raison de son domaine d'application, que le procédé diffère de la règle de conflit de type traditionnel qui prend pour point de départ la relation humaine ou le rapport de droit pour l'assigner à une loi (3) et qu'il n'a donc pas le *caractère abstrait* de la règle de conflit.

L'opposition entre loi d'application immédiate et règle de conflit est accentuée pour M. Graulich, par le fait qu'elles répondent à des *objectifs différents*. L'application immédiate de la loi du for tiendrait à un souci de cohérence et d'efficacité du système du for, tandis que la règle de conflit a pour objet plus général de conduire à une réglementation satisfaisante des relations internationales (4).

(1) Nous laissons de côté le problème posé dans l'affaire *Banque Ottomane* de la nécessité d'un lien avec le for pour que le système du droit international privé du for intervienne, cf. sur ce point les notes publiées sous l'arrêt de Paris, 19 mars 1965, *Rev. crit.*, 1967.85, note Lagarde, *Clunet*, 1966.117, note Goldman, *Rev. tr. dr. com.*, 1967.332, obs. Loussouarn.

(2) V. les articles précités, *supra*, note 1, p. 219.

(3) Au demeurant, les lois d'application immédiate s'accommoderaient mal du procédé de la règle de conflit. L'auteur admet cependant qu'elles peuvent faire l'objet de règles de conflit (v. « Quelques précisions ... », *Rev. crit.*, 1966, p. 9).

(4) GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, 1963, t. II, p. 635.

259. — Cette dernière opposition n'est pas, semble-t-il, irréductible, car il n'est pas certain que ce souci de cohérence et d'efficacité du système du for soit incompatible avec une réglementation satisfaisante des rapports internationaux qui est l'objectif premier du droit international privé. Si la reconnaissance du caractère de loi d'application immédiate d'une disposition du for est légitime, celle-ci s'appliquera normalement à la relation présentant des éléments d'extranéité parce que ses attaches avec le for sont suffisantes pour que son application soit nécessaire. Même si le procédé joue en faveur de la loi du for, celle-ci n'en est pas moins la *loi la plus appropriée* à régir le rapport en question. Mais il est évident que la réglementation des rapports internationaux serait meilleure si le procédé pouvait jouer également en faveur d'une loi étrangère présentant les caractéristiques des lois d'application immédiate. Or c'est précisément parce que l'opposition d'ordre technique entre loi d'application immédiate et règle de conflit conduit en quelque sorte à une impossibilité d'aboutir à l'application d'une loi étrangère de ce type, qu'il paraît préférable de l'atténuer et de voir dans l'application immédiate de la loi du for la mise en œuvre d'une *règle de conflit unilatérale* susceptible d'être *bilatéralisée*, comme l'ont été la quasi totalité des règles de conflit énoncées sous une forme unilatérale.

En effet, si l'on admet que les lois d'application immédiate sont appliquées sans l'intermédiaire d'une règle de conflit, on peut craindre que la règle de conflit n'ait plus qu'un caractère *résiduel*. Or, seul le caractère abstrait de la règle de conflit peut permettre de conduire à des solutions générales et universelles. C'est ainsi que, alors que Savigny avait mis en relief l'existence de *deux procédés de règlements des conflits de lois*, par délimitation du domaine des lois (1), procédé hérité de la théorie des statuts, et par règle de conflit de type abstrait (2), le second procédé, qui avait d'ailleurs la préférence de Savigny (3), a prévalu sans doute en raison de sa supériorité. En effet, l'utilisation concurrente des deux méthodes que révèle

(1) V. SAVIGNY, *Système de Droit Romain*, t. VIII, Traduction Genoux, Paris, 1851, § 344, p. 7. L'auteur reconnaissait d'ailleurs que ce procédé convenait parfaitement aux « lois rigoureusement obligatoires » qui n'entraient d'ailleurs pas dans le domaine des conflits de lois, parce qu'elles n'entraient pas dans la « Communauté de droit » (*op. cit.*, § 349, p. 34 et s.).

(2) On retrouve cette distinction chez d'autres auteurs, par exemple chez KAHN (*Die Lehre von Ordre Public*, Abhandlungen zum IPR t. I, p. 161), qui distingue les règles d'application (*Anwendungsnormen*) des règles de délimitation (*Abgrenzungsnormen*), ou chez NUSSBAUM (*Grundzüge des internationalen Privatrechts*, Munich, 1952, p. 67 et s.) qui oppose les règles internes conditionnées dans l'espace (*räumliche bedingte Sachnormen* ou *spatielly conditioned internal rules*) aux règles de conflit (*Rechtswalhnormen*). Sur ces auteurs, cf. GRAULICH, article préc., p. 629 et s. V., avant ces auteurs et Savigny, Waechter (1841) cité par M. FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Conflits de lois*, n° 68.

(3) V. sur ce point FRANCESCAKIS, « Quelques précisions... », *Rev. crit.*, 1966, p. 5.

la jurisprudence française (1) ne paraît possible que lorsqu'il s'agit de la loi du *for* (2). Dans ce cas, le juge est en mesure de déterminer le domaine de celle-ci, sans avoir recours à une règle de conflit. Mais on ne voit guère quel processus pourrait conduire le juge à rechercher le domaine d'application d'une loi étrangère déterminée (3). Le procédé de réglementation des relations internationales par délimitation du domaine des lois serait donc limité à la loi du *for*. Il en résulterait en définitive un retour en arrière du droit international privé, voire une régression. On sait en effet qu'à un moment donné, on a considéré que les règles de droit international privé avaient pour seule fonction de délimiter les règles matérielles de l'ordre juridique national (4), donc une fonction unilatérale. Les nécessités pratiques ont conduit à abandonner ces idées (5) et à adopter des solutions plus générales, fondées sur des règles de conflits bilatérales (6). L'évolution des législations internes à la suite du dirigisme étatique est-elle de nature à entraîner une transformation radicale du droit international privé ? Il semble que la réponse ne puisse être totalement affirmative, même si la délimitation du champ d'application des lois est un procédé qui convient mieux à première vue aux lois marquées par l'intervention de l'Etat.

C'est pourquoi il nous paraît préférable de voir dans l'application « immédiate » de la loi du *for*, par suite de la délimitation du champ d'application de celle-ci, la mise en œuvre d'une règle de conflit

(1) V. FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Conflits de lois*, n^{os} 64 et s.

(2) Et encore l'utilisation de ces deux méthodes ne donnent-elles pas toujours la même solution (v. sur ce point P. LAGARDE, *Rev. crit.*, 1966.459 note sous Paris, 16 février 1966). Aussi peut-on redouter que l'utilisation des deux procédés ne conduise à une complication supplémentaire du droit international privé puisque s'ajouteraient aux conflits de lois et aux conflits de systèmes, des *conflits de méthodes* (Dans ce sens DERUPPÉ, *Rev. crit.*, 1968.71).

(3) Ce n'est en effet que si le litige présente des points de contacts avec une loi étrangère que le juge est à même d'en rechercher le domaine d'application. L'existence nécessaire de ces points de contact montre qu'*avant* la recherche du domaine d'application de la loi étrangère, joue un *procédé équivalent à une règle de conflit*.

(4) Ces thèses ont été surtout développées par Schnell, Niedner, Pilenko et Niboyet, puis par Quadri (v. sur ce point de NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, p. 377 et s., adde, P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, *Rev. crit.*, 1971.1, et s., 209 et s., 415 et s.). On peut rattacher à ce courant la doctrine américaine contemporaine, notamment de Currie, Cavers et Ehrenzweig, pour lesquels l'application d'une loi autre que celle du *for* paraît n'être qu'exceptionnelle. Cf. sur cette doctrine, KEGEL, « The crisis of Conflict of Laws », *Rec. Cours la Haye*, 1964, vol. 2, p. 97 et s.

(5) Dans ce sens, la conception extrême paraissant être celle d'Ago (*Teoria del diritto internazionale privato*, Padoue, 1934) suivie d'ailleurs par de nombreux auteurs, qui estimait que les règles de droit international privé avaient pour seule fonction d'assurer l'application des lois étrangères.

(6) C'est ainsi que les règles de conflit énoncées sous une forme unilatérale ont été bilatéralisées. Pour une constatation de l'absence de positivisme des doctrines de l'« unilatéralité », v. GOTHOT, *op. cit.*, p. 37.

unilatérale (1), avec les possibilités de bilatéralisation qu'elle comporte. En effet, la désignation de compétence de la loi du for se fait au moyen de critères semblables à ceux utilisés par les règles de conflits (2), c'est-à-dire en raison de *points de contact* de la relation avec le système juridique du for. C'est particulièrement vrai pour les lois qui fixent expressément leur domaine d'application (3), telles la loi du 18 juin 1966 relative au transport maritime ou celle du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (4) ou même la législation relative aux assurances sociales (5). C'est également vrai lorsque, en l'absence de dispositions expresses, on s'accorde à reconnaître la nécessité d'étendre le domaine d'application du for malgré les éléments d'extranéité de la situation; c'est en effet parce que celle-ci présente des *attaches* avec le for, — que celles-ci soient la nationalité des parties, la résidence des parties, l'accomplissement

(1) *Contra*, FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o Conflits de lois, n^o 173, « ... la règle de conflit unilatérale fait penser par sa nature même, à la méthode des conflits de lois par délimitation du domaine des lois... Mais alors que cette méthode retient au départ une loi pour lui attribuer un domaine, la règle de conflit unilatérale retient une question juridique, pour désigner la loi qui lui est applicable ».

(2) DE NOVA (*op. cit.*, p. 381) et GRAULICH (*op. cit.*, p. 635) en ont fait également la remarque. M. Graulich d'ailleurs, à la suite de cette remarque, se demande si la distinction entre règle de conflit et règle d'application immédiate présente un intérêt réel, et constate que le principal intérêt de la distinction réside dans le problème de l'unilatéralité ou la bilatéralité de la règle de droit international privé (*op. cit.*, 636). Pour notre part, nous penchons pour la bilatéralité, qui peut seule permettre une véritable réglementation des relations privées internationales, en l'absence d'un législateur supranational.

(3) NEUMAYER (« Autonomie de la volonté et dispositions impératives, *Rev. crit.*, 1957.592), parle à leur sujet de *règles de conflit « occultes »*.

(4) *V. supra*, n^o 253. Remarquons que la formule employée par le législateur n'est pas la même pour les deux lois, et que c'est le domaine d'application *minimum* de la loi française qui est ainsi assuré. Ces formules ne préjugent pas en effet de son extension possible.

(5) Nous verrons en effet que les interférences de la Sécurité sociale avec le droit du travail peuvent conduire à détacher certaines matières du contrat de travail, tels les accidents du travail quoique la jurisprudence les rattache encore traditionnellement à la loi du contrat de travail (*v. infra*, n^{os} 301 et s.). Dans cette mesure, il convient de déterminer le champ d'application de la législation de Sécurité sociale. On peut ainsi tenir pour une *règle de conflit unilatérale*, la disposition de l'article 245 du Code de sécurité sociale selon laquelle les travailleurs étrangers... « bénéficient des prestations d'assurances sociales s'ils ont leur résidence en France ». La loi française relative à la sécurité sociale sera donc applicable dès que le travailleur étranger a sa résidence en France, à condition évidemment que celui-ci exerce son activité en France (La jurisprudence en effet, refuse de tenir compte du travail effectué à l'étranger. *V. par exemple*, Civ. 2^e 13 janvier 1956, *Droit social*, 1956.319 (assurance vieillesse). « Attendu — dit la Cour — que les lois de sécurité sociale ont un caractère d'ordre public et de territorialité qui ne leur permet point, à moins de conventions diplomatiques spéciales, de recevoir application hors du territoire français ». — Cependant, pour certains auteurs, l'analogie avec les règles de conflit ne serait qu'apparente. *V. notamment*, FREYRIA, « Sécurité sociale et droit international privé », *Rev. crit.*, 1956.409 et s.

d'un acte ou la réalisation d'un fait sur le territoire du for ou encore les répercussions sur ce territoire d'un acte accompli à l'étranger. Pour ces raisons, l'application « immédiate » de la loi du for ne paraît pas procéder d'une technique fondamentalement différente de celle de la règle de conflit (1), malgré son caractère unilatéral.

Ainsi, le procédé d'application des *lois de police du for*, qu'illustre la thèse des lois d'application immédiate, a pour avantage sur les divers procédés utilisés par la jurisprudence de faire apparaître le caractère *normal* de cette application, opposé à l'équivoque engendrée par l'appel à la notion d'ordre public. Mais il peut également permettre de donner les éléments d'une méthode de rattachement aux lois de police étrangères.

§ 2. — Le rattachement des lois de police étrangères

260. — La désignation des lois de police étrangères ne présente de véritables difficultés que lorsque celles-ci ne font pas partie du système juridique applicable au contrat. En effet, *si ces lois de police étrangères font partie de ce système*, elles sont désignées en même temps que la loi du contrat. A part quelques réserves doctrinales (2), il est généralement admis que le droit étranger désigné par une règle de conflit l'est dans son ensemble, bien que cela puisse conduire en définitive à appliquer à une matière une loi différente de celle qui aurait été compétente en vertu de la qualification du for (3). Mais *lorsque la loi de police étrangère n'est pas partie intégrante de la loi désignée* par la règle de conflit relative aux contrats, son rattachement sur le plan international n'est pas très aisé à déterminer. Le droit international privé n'était pas d'ailleurs, jusqu'à une période très récente, très développé sur ce point, ce qui se comprend aisément

(1) C'est, semble-t-il, également la conception de M. Jacques MAURY, qui écrit, dans son compte rendu de l'ouvrage de M. Francescakis sur *Le renvoi* (*Rev. crit.*, 1959.603 et s.), que ces règles apparaissent comme « des règles de rattachement particulières traduisant les exigences de l'ordre public international du for, des règles de conflit exceptionnelles par leur contenu (puisqu'elles donnent une solution différente de celle de la règle normale de conflit du droit considéré), exceptionnelles ensuite par leur domaine (puisqu'elles sont unilatérales) » (*op. cit.*, p. 603).

(2) Les réserves sur ce point ont surtout été formulées par M. J.D. Bredin, (note sous Paris, 21 décembre 1962 *Royal Dutch, Clunet*, 1963.423), qui estimait qu'en l'espèce, si la législation néerlandaise relative aux sociétés était bien applicable à la société Royal Dutch en vertu de la règle de conflit française, cela n'entraînait pas nécessairement la compétence de la loi néerlandaise relative au « rétablissement des droits » qui relevait d'une autre qualification. Il faut noter que cette réserve a été expressément adoptée dans l'article 15 du Code civil portugais de 1966.

(3) V. sur cette question, MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, n° 156 et s.

si l'on songe aux réticences de la jurisprudence et de la doctrine à admettre l'applicabilité des lois étrangères (1) qui présentent le caractère de lois de police, même lorsque celles-ci font partie de la loi applicable au contrat. Cependant, dans la mesure où on a admis que l'évolution des relations internationales devait conduire à rejeter le principe d'inapplicabilité des lois de police étrangères, les mêmes considérations invitent à tenir compte de celles-ci même lorsqu'elles ne font pas partie de la loi désignée pour régir le contrat. De plus, même si la condition de la loi étrangère reste inférieure à celle de la loi du for, il paraît légitime de réserver aux lois de police étrangères une place symétrique de celle qui est assignée aux lois de police du for au côté de la loi du contrat. La doctrine française ne semble pas encore très disposée à admettre cette idée, qui reçoit en revanche l'adhésion d'une part importante de la doctrine étrangère, particulièrement en Allemagne et aux Pays-Bas, qui préconise le rattachement spécial des « dispositions impératives du droit des obligations » ou la prise en considération des dispositions qui assurent les objectifs socio-économiques des pays affectés par l'opération contractuelle.

261. — Il faut bien reconnaître que pour l'instant cette idée a reçu peu d'échos dans la jurisprudence dans la plupart des pays (2), si ce n'est dans des matières où sont intervenues des Conventions internationales (3), tels les Accords de Bretton Woods (4) qui permettent de refuser tout effet à un contrat conclu en violation de n'importe quelle législation de change d'un Etat membre du Fonds Monétaire International, quelle que soit la loi du contrat. Ainsi en France, mises à part les solutions adoptées en matière d'action directe de la victime contre l'assureur de l'auteur des dommages (5) — et encore celle-ci est-elle rattachée à la loi du délit —, il ne semble pas que l'idée d'un *rattachement autonome* des lois de police étrangères ait gagné les tribunaux. Est-ce toujours en vertu de cette réticence déjà signalée à l'égard des lois de police étrangères ou encore faute de moyens techniques de désignation de telles lois ? En effet, si l'article 3 alinéa 1 du Code civil était déjà insuffisant pour assurer le rattachement des lois de police du for (6), sa formulation unila-

(1) V. *supra*, n°s 195 et s.

(2) V. cependant l'arrêt de la Cour de cassation des Pays-Bas qui, à notre avis, pose le premier le problème de façon aussi nette (Hoge Raad, 13 mai 1966, *Rev. crit.*, 1967.522, note Struycken) *infra*, n° 268.

(3) Il faut y ajouter les solutions anglo-saxonnes relatives à la licéité des contrats ou aux modalités d'exécution, encore qu'elles ne soient pas fondées sur la notion de police (sur ce point, v. *supra*, n°s 49 et s. et n°s 117 et s.

(4) V. *supra*, n°s 228 et s.

(5) V. *infra*, n°s 314 et s.

(6) V. *supra*, n° 244.

térale a paru être un obstacle supplémentaire à la désignation de lois étrangères de ce type (1).

Cependant, on peut relever quelques décisions qui ont *pris en considération des lois étrangères différentes de la loi applicable au contrat*. Des contrats, conclus en violation des lois étrangères qui ne leur étaient pas applicables, ont été annulés au nom de l'*ordre public*. Mais quelle que soit la nature de l'ordre public invoqué dans ces espèces, ordre public interne, ordre public international au sens traditionnel, ou encore ordre public réellement international, l'ordre public, pas plus qu'il ne devait l'être relativement aux lois de police du for, ne doit être une circonstance de rattachement des lois de police étrangères. Au demeurant, il ne paraît pas pouvoir l'être en toute hypothèse. Aussi, si on veut bien admettre que le droit international privé doit s'adapter aux relations internationales modernes, la nécessité d'une règle de rattachement relative aux lois de police étrangères s'impose, malgré les objections qui ont pu être formulées à son encontre. C'est pourquoi il conviendra de déterminer le procédé qui puisse conduire à un tel rattachement. Ainsi, trois points seront-ils abordés successivement : l'utilisation de la notion d'ordre public par la jurisprudence (A), la nécessité d'une règle de rattachement (B), et enfin le procédé de rattachement des lois de police étrangères (C).

A. — L'UTILISATION DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC POUR ANNULER DES CONTRATS CONCLUS EN VIOLATION DE LOIS ÉTRANGÈRES NON APPLICABLES A CES CONTRATS.

262. — Quelques décisions en France, comme à l'étranger d'ailleurs, ont annulé des contrats conclus en violation de lois étrangères qui ne leur étaient pas applicables, contrairement au principe selon lequel la violation de la loi étrangère ne peut être sanctionnée par le juge que si cette loi est compétente en vertu de la règle de conflit (2). Malgré leur caractère spécifique, ces décisions sont intéressantes dans la mesure où elles font appel pour ce faire à la notion d'ordre public, et surtout en dernier lieu à une notion d'*ordre public réellement international* qui n'aurait pas pour fonction négative comme l'ordre public international au sens traditionnel, d'écarter une loi étrangère normalement compétente, mais une *fonction positive*, à savoir la prise en considération d'une loi étrangère non désignée par l'une des règles de conflit établies. Cependant le

(1) Il serait cependant inexact de dire que l'article 3, alinéa 1 du Code civil n'a jamais été bilatéralisé, comme l'ont été la plupart des règles de conflit énoncées sous une forme unilatérale. En effet, on admet généralement que la règle de conflit relative aux délits repose sur l'article 3, alinéa 1 du Code civil, or, on n'a jamais douté qu'une loi étrangère puisse être ainsi désignée.

(2) V. pour l'énoncé exprès de ce principe en matière de légitimation, Paris, 8 mars 1966, D., 1966.525, note Ph. Malaurie.

caractère spécifique comme l'ambiguïté de ces solutions sont peut-être de nature à réduire leur portée quant à un éventuel rattachement des lois de police étrangères.

263. — Ces décisions sont en effet particulières dans la mesure où elles sont relatives à des *contrats de contrebande*. Or non seulement, dans ces cas, la violation de la loi étrangère est volontaire, et à cet égard, on peut dire qu'elle est la cause du contrat (1), mais le plus souvent, l'élément d'extranéité le plus déterminant de ces contrats est la loi étrangère violée. Aussi les solutions sont-elles données sans que le problème soit véritablement posé en termes de conflit de lois, la loi du contrat n'étant pas déterminée. Certains de ces contrats ont été ainsi annulés pour immoralité au regard de la loi française (2), d'autres pour contrariété à l'ordre public (3), d'autres cumulativement pour immoralité, illicéité et contrariété à l'ordre public international. C'est notamment la motivation d'un jugement du tribunal de la Seine du 4 février 1956 (4), « Attendu que si les juges n'ont pas à réprimer devant les tribunaux français les atteintes portées en pays étranger à l'ordre public national propre à ce pays, du moins doivent-ils considérer comme illicites et dépourvues d'effets de ce chef, les opérations de contrebande qui sont faites en fraude de lois étrangères portant comme c'est le cas en l'espèce, atteinte à la conscience publique et à l'ordre public international » (5). Par ces motifs, le tribunal annule un contrat qui avait pour objet le transport de lingots d'or du Portugal en Espagne, contrairement aux lois douanières espagnoles, sans même que la loi du contrat — vraisemblablement la loi portugaise (6) — ne soit déterminée. Alors que la jurisprudence n'a plus eu à se prononcer dans des affaires de ce genre, le problème de la violation des lois étrangères douanières ayant en quelque sorte laissé place dans les prétoires à celle des lois

(1) La suite des développements montrera que dans ces espèces, la licéité de la clause du contrat n'est pas appréciée en regard de la loi applicable au contrat, contrairement au principe établi (v. *supra*, n^{os} 44 et s.).

(2) Douai, 11 novembre 1907, S., 1907.2.308, *Rev. crit.*, 1908.138 ; Trib. com. Dunkerque, 27 novembre 1906, *Clunet*, 1908.138 ; Alger, 20 février 1925, *Clunet*, 1926.701 ; Trib. com. Marseille, 9 décembre 1946, *Rev. crit.*, 1948.294, note critique Carabiber (le jugement assimile abusivement l'introduction en Palestine d'immigrants clandestins à la contrebande, la décision est réformée par la Cour d'Aix, 20 mai 1947, l'intention frauduleuse n'étant pas suffisamment caractérisée). Dans le même sens, Bruxelles, 17 février 1886, *Clunet*, 1887.214 ; cf. PILLET, *Clunet*, 1896.8.

(3) Seine, 2 juillet 1932, *Rev. crit.*, 1934.770, *Clunet*, 1933.73, S., 1934.2.73, note Niboyet (l'objet du contrat était de renverser le gouvernement du Vénézuëla).

(4) Seine, 4 février 1956, *Rev. crit.*, 1956.679, note H.B. (transport de lingots d'or du Portugal en Espagne).

(5) *Rev. crit.*, 1956.680.

(6) V., sur ce point la note de M. Batiffol, in *Rev. crit.*, 1956.679 et s. V. également Pierre Louis Lucas, note sous Paris, 9 février 1966, *Rev. crit.*, 1966.264 et s., spéc. p. 269.

monétaires ou des législations de change étrangères (1), la Cour de Paris a dans un arrêt du 9 février 1966 (2) adopté une solution semblable, encore que l'identité de la loi étrangère violée n'apparaisse pas explicitement. En l'espèce, une société ayant son siège social au Liechtenstein demandait le paiement d'un effet de commerce (3) qui lui avait été remis en paiement d'un contrat d'achat d'armes de guerre. Le marché avait été conclu à Genève avec une société, la Société Etopin, qui avait également son siège social au Liechtenstein, alors que les armes étaient entreposées en Hollande. La Cour souleva *d'office la nullité du contrat* en le qualifiant de trafic d'armes de guerre, alors que la contestation ne portait pas sur le principe de la dette (4), mais sur le montant de celle-ci, le débiteur prétendant avoir effectué des paiements partiels. La motivation de la Cour est quelque peu incertaine. Elle invoque pour annuler le contrat, la contrariété de celui-ci à l'ordre public international — qui paraît être un ordre public réellement international (5) si l'on en juge par les textes d'origine internationale invoqués par la Cour (6) —, et également à l'ordre public interne français, puisqu'elle fait appel à l'article 6 du Code civil.

La nullité des contrats de ce type n'est certes pas une solution générale dans la jurisprudence française (7), mais on trouve des solutions équivalentes à l'étranger.

(1) Et dans ce cas, les solutions adoptées ont été fort différentes.

(2) Paris, 5^e Ch., 9 février 1966, *Favier/Soc. Andersem*, *Rev. crit.*, 1966.264, note Pierre Louis-Lucas.

(3) La traite avait été acceptée par Favier, administrateur de la Société Etopin.

(4) On peut remarquer que la convention extra-cambiale pouvait être invoquée en l'espèce, puisqu'il s'agissait des rapports directs du tiré et du tireur-porteur.

(5) V. sur cette notion *infra*, n^{os} 265 et s., En effet la loi du contrat n'avait pas été déterminée et on ne peut dire qu'elle ait été écartée au nom de l'ordre public international au sens traditionnel.

(6) V. *Rev. crit.*, 1966.265 et la note de M. Louis Lucas, *Rev. crit.*, 1966 p. 272.

(7) On pourrait même dire que les décisions qui admettent la *validité* des contrats de contrebande ont une plus grande autorité puisqu'on trouve parmi elles une décision de la Cour de cassation. V. Req., 28 mars 1928, S., 1928.1.305 note Niboyet, S., 1926.2.105, note Pillet, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt d'Aix, 2 février 1926, S., 1926.2.105, note Pillet (transport d'alcool vers les Etats-Uni. au temps de la prohibition). V. également, Colmar, 16 février 1937, *Rev. crit.*, 1937.685, note H.B. ; D., 1939.2.25, note Silz (exportation de capitaux par un émigré politique allemand). La Cour laisse entendre cependant que si la loi allemande n'avait pas été une loi « politique », le contrat aurait été annulé bien qu'il fût soumis à la loi française. V. également, Aix, 20 mai 1947, *Rev. crit.*, 1948.294, note Carabiber (transport d'immigrants en Palestine). La solution est d'ailleurs ancienne puisqu'elle avait été retenue par un arrêt du Parlement d'Aix du 30 juin 1759 (v. sur ce point H. Batiffol, *Traité*, 4^e éd., n^o 598). La motivation de ces solutions est loin d'être explicite (v. sur l'évolution de la jurisprudence, cf. SILZ, note D., 1939.2.20) ; les juges se bornant en général à constater que l'opération n'est pas un acte de contrebande au regard de la loi française. Ils limitent donc le problème à la *qualification* de l'opération, non pas d'ailleurs en vue d'un *rattachement législatif*, mais en vue d'une éventuelle *répression pénale*.

En Grande Bretagne notamment dans l'arrêt bien connu *Regazzoni/Sethia* (1), le Queen's Bench Division a annulé un contrat soumis à la loi anglaise pour violation de la loi indienne. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de livraison de jute à destination de Gênes, passé en 1948 entre deux parties résidant l'une en Suisse, l'autre en Angleterre. La marchandise était d'origine indienne et devait être transportée ultérieurement en Afrique du Sud. Or le gouvernement indien avait mis l'embargo sur toutes les marchandises destinées à l'Afrique du Sud en représailles des injustices commises à l'égard des Indiens sud-africains dans l'Union Sud-Africaine. La juridiction anglaise a estimé que le contrat qui avait pour objet « la violation d'une interdiction légale édictée par un Etat étranger ami » (2) était « *invalid and unenforceable* » pour des « raisons d'ordre public » (3).

En Allemagne et aux Pays-Bas (4) on trouve également des décisions qui ont annulé des contrats conclus en violation de lois étrangères qui n'étaient pas applicables à ces contrats, encore que l'appel à la notion d'ordre public soit moins explicite (5). La Cour fédérale d'Allemagne a ainsi annulé dans un arrêt du 21 décembre 1960 (6), pour immoralité un contrat soumis à la loi allemande qui violait la loi américaine selon laquelle l'exportation de rasurite était interdite sauf justification de la non-destination de celle-ci à un pays du bloc soviétique (7).

(1) 1956, 1 All. E.R. 229 (Q.B.); 2 W.L.R. 204; *The Solicitor*, t. 23, p. 129 note Bloom Cooper, *Cambridge Law J.* 1956.141, note Jemmings, *Modern Law Review*, t. 19 p. 523 note Mann, *Int. and Comp. Law Q.*, t. 5, p. 293-295 et 600-601, note Mann, *Clunet*, 1961.1141, obs. Lipstein.

(2) Lord Sismonds fait également appel à l'idée de courtoisie internationale pour justifier la solution.

(3) La solution a été généralement critiquée parce qu'elle conduisait à annuler un contrat en vertu d'une loi qui ne lui était pas applicable. Mais sans être tout à fait favorable à l'utilisation de la notion d'ordre public pour annuler un contrat international, nous ne voyons pas ce qui distingue fondamentalement cette solution des décisions rendues en matière de contrats de contrebande qui sont généralement approuvées par la doctrine, du moins quant à leur solution si ce n'est pas quant à leur motivation.

(4) Hoge Raad, 16 novembre 1956, N.J., 1957.1 (cité in *Rev. crit.*, 1957.530) annule comme contraire aux bonnes mœurs un contrat conclu par des Néerlandais en vue d'éluder la législation de changes indonésienne.

(5) V. au contraire en Italie, dans le même sens mais avec un appel exprès à l'ordre public, Cass. Torino, 13 décembre 1963, *Riv. dir. int.*, 1964.224, note critique Salvio, « *Causa illicita e ordine pubblico secondo il diritto internazionale privato* ».

(6) Cour fédérale d'Allemagne, 21 décembre 1960, N.J.W., 1961.822. Cf. des décisions plus anciennes, in H. BATIFFOL, *Contrats*, n° 417.

(7) Ici, également, la Cour invoque les liens d'alliance ou d'amitié qui existent entre l'Allemagne et les Etats-Unis pour justifier la solution. Remarquons d'ailleurs que l'existence de tels liens nous ont paru devoir réduire l'intervention de l'ordre public au sens traditionnel à l'encontre des lois de police étrangères (v. *supra*, n° 226 et s.).

264. — Ces décisions, généralement approuvées sur le plan des solutions (1), ont été critiquées sur le plan des principes dans la mesure où elles s'intégraient mal au jeu de la règle de conflit classique : d'une part la nullité de ces contrats n'est pas prononcée en vertu de la loi applicable à ceux-ci, d'autre part, la *nature de l'ordre public* invoqué n'apparaît pas clairement. Si l'on s'en tient à la conception de nos jours classique de *l'ordre public international*, il semble en tous cas que celui-ci n'est pas en cause dans ces espèces, puisque l'ordre public est ici invoqué, non pas pour écarter la loi étrangère normalement compétente contraire aux conceptions du for, mais pour *annuler* des contrats, conclus en violation d'une loi étrangère non désignée par une règle de conflit. On pourrait penser, qu'étant données la nature des lois étrangères violées et la sanction qui est donnée, c'est tout simplement *l'ordre public interne* qui intervient pour contrôler la moralité des contrats (2). Cependant les éléments d'extranéité de ces contrats devraient normalement exclure l'intervention de l'ordre public interne. Aussi, nous paraît-il préférable de retenir que c'est un ordre public « international » qui intervient, un *ordre public spécifiquement ou réellement international*, pour reprendre la terminologie utilisée par les partisans (3) d'une troisième catégorie d'ordre public.

265. — Celui-ci est en effet spécifiquement international dans la mesure où il ne traduit pas les exigences du for comme l'ordre public international traditionnel mais, en quelque sorte, les exigences de la vie internationale. Cependant il faut bien reconnaître que cet ordre public n'est intervenu pour l'instant que de manière limitée (4), uniquement pour assurer une certaine *moralité internationale* (5), dont la conception est elle-même limitée au respect de

(1) H. BATIFFOL, *Contrats*, n° 410, ARMINJON, *Précis*, t. II n° 99; NIBOYET, t. V n° 1409 et S., 1928.1.305; PILLET, *Clunet* 1896, p. 8 et 9, note S. 1926.2.105 et *Traité* t. II n° 513; LAPRADELLE-NIBOYET REP. V° Contrebande; MESSINESI, *La contrebande en droit international privé*, Paris, 1932.

(2) L'appréciation de la moralité des contrats même internationaux au regard de la loi française est posée en principe par des auteurs comme ARMINJON (v. *Précis*, t. II, n° 99).

(3) V. notamment HENRI ROLIN, « Vers un ordre public vraiment international », *Mélanges Basdevant*, 1960, p. 441 et s.; Ph. FRANCESCakis, « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, p. 113 et s.; LOUIS LUCAS, note préc., *Rev. crit.*, 1966.266 et s.; adde, les autres auteurs cités par B. GOLDMAN, *Clunet*, 1966.137, note ss. Paris, 19 mars 1965. On peut noter qu'on retrouve cette notion chez des auteurs plus anciens comme MESSINESI, qui précisément faisait appel à cette notion pour imposer au juge national le respect des lois douanières étrangères, in, *La contrebande en droit international privé*, Paris, 1932, p. 131 et s.

(4) V. *infra*, p. 240 son utilisation pour sanctionner la fraude à la loi étrangère.

(5) Cf. M. LOUIS LUCAS qui écrit à propos de l'arrêt du 9 février 1966 précité (*Rev. crit.*, 1966.267) que celui-ci fait apparaître la nécessité de voir se constituer

quelques principes essentiels. Au demeurant, la Cour de Paris dans son arrêt *Banque ottomane* du 19 mars 1965 (1) a nié que l'existence d'un tel ordre public international « supérieur à toutes les lois internes fût reconnue par aucun droit positif et particulièrement par le droit positif français ». Mais en l'espèce, la position de la Cour s'explique fort bien (2) car l'ordre public international commun était invoqué pour écarter l'application d'une loi étrangère. Or admettre l'existence d'un *ordre public réellement international* n'a d'intérêt que *s'il se distingue dans sa fonction de l'ordre public international traditionnel*.

En effet si ces deux notions avaient la même fonction négative, on voit mal dans quelles circonstances le juge étatique serait à même de tenir compte de cette troisième catégorie d'ordre public. Comme l'observait M. Goldman (3), si le principe auquel on reconnaît le caractère d'ordre public international « commun » est également d'ordre public international français, le juge n'a nullement besoin de recourir à cette nouvelle notion. Si au contraire le principe n'est pas d'ordre public international français, le juge pourrait difficilement en tenir compte sans condamner par là sa propre loi. Il ne pourrait le faire, que si le juge était chargé de réaliser l'ordre juridique international dès qu'un litige présente des éléments étrangers, ce qui serait pousser à l'extrême la notion de « dédoublement fonctionnel » (4). Ces remarques font apparaître que la notion « d'ordre public réellement international » ne présente un intérêt que si celui-ci a une fonction différente, à savoir *une fonction positive*. On peut estimer, en effet, que c'est bien le rôle qu'a joué l'ordre public invoqué dans les décisions analysées, puisqu'il a permis de prendre en considération une loi étrangère qui n'était pas applicable en principe au contrat.

Ainsi l'utilisation de la notion d'ordre public dans ce sens revient en définitive à prendre en considération *l'ordre public interne étranger*, et à ce titre on peut dire que ces décisions apportent des éléments nouveaux au droit international privé. On peut d'ailleurs remarquer que c'est cette même notion d'ordre public (5) qui a

un troisième type d'ordre public international dont les impératifs traduiraient moins « les prétentions des sociétés nationales que les besoins de la moralité internationale ».

(1) Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *Rev. crit.*, 1967.85, note P. Lagarde, *Clunet*, 1966.117, note B. Goldman, *Rev. trim. dr. com.*, 1967.332, obs. Lous-souarn.

(2) Quant à ce seul motif d'ailleurs, car il n'est pas question d'entreprendre ici une discussion de cet arrêt important à bien des égards.

(3) B. GOLDMAN, note préc. *Clunet*, 1966.137 et s.

(4) B. GOLDMAN, note préc. *Clunet*, 1966.136.

(5) La Cour de Paris parle en effet d'une violation manifeste et délibérée de la moralité juridique internationale. Sur les rapprochements entre l'ordre public et la fraude à la loi dans la doctrine, v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité* n° 374.

conduit la Cour de Paris (1) à tenir compte de la *fraude à la loi étrangère* dans l'affaire *Gunzburg*, alors qu'il paraissait également bien établi que le juge français n'avait pas à la sanctionner (2). Bien que la violation de la loi étrangère et la fraude à la loi étrangère aient un sens différent en droit international privé (3) puisque cette dernière suppose l'utilisation volontaire d'une règle de conflit par la création d'un élément de rattachement (4), la prise en considération de la loi étrangère au nom de l'ordre public (5) est un signe d'une amélioration même partielle, de la condition de la loi étrangère.

266. — Mais l'utilisation de l'ordre public à cette fin est limitée : elle repose sur une *appréciation morale de l'attitude des parties* à l'égard de la loi étrangère puisque ces décisions sont intervenues dans des cas où le caractère volontaire de la violation de la loi étrangère était manifeste. Elle repose également sur une *appréciation morale de la loi violée* (6). Il est remarquable que la jurisprudence n'ait jamais adopté ce type de solution lorsque les lois violées étaient des

(1) Paris, 18 juillet 1961, *Clunet*, 1961.810, note J. D. Bredin, confirmant Seine, 14 mai 1962, *Clunet*, 1963.110, note J. D. Bredin, D., 1962.655, note Ph. Malaurie. (V. déjà Aix, 24 janvier 1928, *Clunet*, 1928.1195).

(2) Dans ce sens, v. Civ., 5 février 1929, S., 1930.1.81, note Audinet ; Seine, 4 novembre 1954, *Clunet*, 1955.560 A.P., *Rev. crit.*, 1956.690, note Loussouarn ; Paris, 12 décembre 1963, *Clunet*, 1963.122, obs. J. D. Bredin. Si ces solutions avaient des partisans (v. Lerebours-Pigeonnière, par LOUSSOUARN, 8^e éd., nos 370-371, note 2), elles étaient généralement critiquées par la doctrine (v. notamment P. LOUIS LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit.*, 1962.1 et s. ; Ph. MALAURIE, D., 1962.656 ; J. D. BREDIN, *Clunet*, 1963.178 et *Clunet* 1964.810 ; MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 169). Dans ce sens également, le Comité Français de droit international privé, au Colloque sur la codification du droit international privé (*La codification du droit international privé*, p. 291 et 292).

(3) On peut noter que la sanction sera identique, à savoir la *nullité* de l'acte. Sur les diverses sanctions possibles de la fraude à la loi étrangère, (inopposabilité, nullité, refus d'exequatur). cf. LOUIS LUCAS, article préc., p. 16 et 17.

(4) Sur la notion de fraude à la loi, cf. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, nos 370 et s.

(5) A première vue, la notion de *fraude à la loi étrangère* ne paraît pas devoir jouer en *matière contractuelle*. En effet, à travers les motifs du jugement du tribunal de la Seine du 14 mai 1962 (*Clunet*, 1963.110, note Bredin, D. 1962.655 note Malaurie), il apparaît que la notion présente un intérêt pour paralyser les décisions rendues par un tribunal complaisamment compétent, ce qui se conçoit davantage pour les litiges relatifs à l'état des personnes que pour ceux relatifs aux contrats, où la compétence juridictionnelle n'est pas fondamentale. Cependant la notion de fraude à la loi étrangère en matière contractuelle prend un sens si l'on considère que le *choix exprès de la loi du contrat* peut être tenu pour la *création volontaire de l'élément de rattachement qui caractérise la fraude à la loi*, cette fraude étant faite au détriment de la loi qui s'appliquerait légitimement en cas de localisation objective. C'est peut-être en définitive ce qui expliquerait les termes de l'arrêt *Vita Foods* qui accorde aux parties la possibilité de choisir la loi du contrat *sine fraude*.

(6) V. BATIFFOL, *Contrats*, n° 420 et la note H.B. *Rev. crit.*, 1956.679 ; V. également MESSINESI, *La contrebande en droit international privé*, Paris, 1932, p. 123.

lois monétaires ou des législations de change étrangères. Serait-ce parce que la légitimité de ces lois paraît moins évidente aux yeux du juge que celles des lois douanières ? C'est pourquoi même si un arrêt récent de la Cour de Paris (1) a laissé entendre que, d'une manière plus générale, la violation de l'ordre public étranger pouvait être prise en considération s'il en résultait une violation de l'ordre public international, l'utilisation de la notion d'ordre public afin de tenir compte des lois de police étrangères non désignées par la règle de conflit relative aux contrats ne paraît pas devoir être étendue dans l'immédiat, étant donné la réticence des tribunaux devant les lois étrangères qui poursuivent des objectifs socio-économiques.

De plus, même si le procédé devait être généralisé, il ne paraît pas être une technique suffisante de rattachement aux lois de police étrangères. De même que l'ordre public nous a paru ne pas devoir être une circonstance de rattachement à la loi du for (2), il ne paraît pas devoir l'être lorsqu'il s'agit d'une loi de police étrangère, ce même si le terme d'« ordre public » ne recouvre pas dans ces deux hypothèses les mêmes notions. Le juge a en effet *une assez grande liberté dans l'élaboration des règles de droit international privé*, du moins en France, pour ne pas utiliser à des fins différentes une expression dont les variantes ne dissimulent pas l'ambiguïté. C'est pourquoi, bien que l'idée d'un ordre public international à fonction positive nous paraisse intéressante, une règle de rattachement semble préférable. Aussi faut-il en montrer la nécessité, et pour ce faire, réfuter les objections qui ont pu être avancées contre un rattachement de principe des lois de police étrangères.

B. — NÉCESSITÉ D'UNE RÈGLE DE RATTACHEMENT RELATIVE AUX LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES.

267. — Avant d'apprécier les arguments qui s'opposent ou qui soutiennent cette idée, nous évoquerons la seule décision jurisprudentielle qui semble avoir expressément reconnu la nécessité d'un rattachement spécial des lois de police étrangères, l'arrêt du *Hoge Raad* du 13 mai 1966.

(1) Paris, 8 mars 1966, D., 1966.525, note Ph. Malaurie (rendu en matière de légitimation d'un enfant adultérin). Selon la Cour « la violation d'un principe ou d'une règle relevant de l'ordre public étranger ne peut être prise en considération en France que si ce principe ou cette règle s'inscrivent dans l'ordre public international ».

(2) V. *supra*, n^{os} 248 et s.

1. *L'arrêt du Hoge Raad du 13 mai 1966.*

268. — Jusqu'à présent, la nécessité d'une règle de rattachement relative aux lois de police étrangères, désignant les lois de police autres que celles du système juridique applicable au contrat, n'apparaissait pas avec évidence dans la jurisprudence. A vrai dire, cette lacune s'explique fort bien, si l'on considère les réticences des tribunaux à l'égard des lois étrangères qui présentent le caractère de lois de police, même lorsqu'elles font partie de la loi du contrat (1). Tout au plus quelques décisions ont-elles tenu compte de lois de police autres que celles du système contractuel (2) à titre de fait et ont-elles tiré les conséquences de cette influence de fait selon la loi applicable au contrat (3). Une décision récente de la Cour suprême des Pays-Bas du 13 mai 1966 (4) nous paraît cependant pour la première fois en admettre la nécessité de façon explicite, même si en l'espèce la loi étrangère invoquée n'est pas retenue faute de présenter les caractères d'une loi de police.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un transport par mer de pommes de terre, d'Anvers à Rio de Janeiro. La marchandise étant arrivée endommagée à destination, les compagnies d'assurances qui avaient indemnisé le destinataire, réclamaient au transporteur le remboursement des sommes qu'elles avaient versées. Le problème était de savoir selon quelle loi la responsabilité du transporteur pouvait être mise en œuvre, et en particulier, de savoir si l'exonération du transporteur prévue au contrat pouvait jouer eu égard à la causalité du dommage. Bien que les parties eussent prévu dans les connaissements l'application de la *loi néerlandaise*, le tribunal de Rotterdam comme la Cour d'appel de La Haye, quoique pour des motifs différents (5), avaient retenu la compétence de la *loi belge*, selon laquelle le transporteur, pour être libéré de sa responsabilité, doit prouver que le dommage résulte « d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre de la marchandise » (C. com. belge, art. 91 § IV.2.m). La Cour suprême néerlandaise censura la décision d'appel, au motif qu'en l'espèce, « les règles belges appliquées par la Cour ne revêtent pas un carac-

(1) V. *supra*, nos 195 et s.

(2) On doit également excepter les décisions des juridictions anglo-saxonnes qui admettent des solutions particulières en matière de licéité du contrat et de modalités d'exécution (v. *supra*, nos 49 et s., et nos 117 et s.).

(3) Rappelons que certains auteurs dont M. VISCHER, préconisent ce type de solution comme solution générale (*Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962). V. la critique de ce type de solution par CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 83 et s.

(4) Hoge Raad, 13 mai 1966, *Rev. crit.*, 1967.522, note Struycken, *Clunet*, 1969.1010, note Kolléwijn.

(5) Le tribunal de Rotterdam avait appliqué le droit belge en bilatéralisant l'article 517 d) du Code de commerce néerlandais (v. sur ce texte, *supra*, note 8 p. 47, tandis que la Cour de La Haye pour ce faire, avait procédé à une localisation objective du contrat.

tère tel que le juge néerlandais serait tenu, eu égard aux intérêts belges qui sont en cause relativement à l'application de ces règles, de leur donner la priorité sur le droit néerlandais choisi par les parties» (1). Si la Cour estime que la loi belge en question ne présente pas, en quelque sorte, les caractères d'une loi de police, elle admet cependant le principe d'une compétence possible d'une loi de police étrangère autre que la loi applicable au contrat. La Cour s'exprime, en effet, en des termes particulièrement nets : « ... il peut arriver que, pour un Etat étranger, l'observation de certaines de ces règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que le juge néerlandais doive en tenir compte et, dès lors, les appliquer de préférence au droit d'un autre Etat qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat... » (2).

La décision du Hoge Raad est d'autant plus intéressante qu'elle ne limite pas le domaine de la loi du contrat « choisie » par les parties, eu égard à toutes les règles impératives étrangères ayant une incidence objective sur le contrat (3) — ce qu'avait paru admettre la Cour de La Haye —, mais, aux seules règles qui présentent avec l'opération contractuelle un lien tel que celle-ci affecte les intérêts du pays qui les a édictées. Ce n'est donc, pas seulement parce que le contrat présente des points de rattachement avec une loi étrangère autre que la loi choisie par les parties, que le juge doit l'appliquer — ce qui remettrait en cause le principe de l'autonomie de la volonté (4) —, mais, parce que cette loi étrangère assure les objectifs essentiels — sociaux ou économiques — du pays qui l'a édictée. On voit ainsi se dégager dans la jurisprudence néerlandaise à l'égard des « lois de police » étrangères (5) une position symétrique de celle que celle-ci avait adoptée eu égard aux lois de police du *for* dans l'arrêt du Hoge Raad du 12 décembre 1947 (6). Bien qu'isolée dans la jurisprudence comparée, cette évolution apporte quelque appui aux tendances doctrinales favorables à un rattachement des lois de police étrangères — encore que l'expression ne soit pas employée — qui se développent actuellement.

(1) *Rev. crit.*, 1967.523.

(2) *Rev. crit.*, 1967.523.

(3) Cf. sur ce point, l'intéressante motivation de la Cour suprême des Pays-Bas.

(4) Sur la reconnaissance de ce principe dans la jurisprudence néerlandaise, v. Jean L. de GRANDCOURT, *Les conflits de lois en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels dans la Communauté Économique Européenne*, thèse dactyl. Rennes, 1965, p. 146 et s.

(5) Cette prise de position est d'autant plus intéressante qu'aux Pays-Bas, le juge est tenu d'appliquer *d'office* la loi étrangère compétente même s'il n'en a pas été requis par les parties (v. sur ce point J. de GRANDCOURT, thèse préc., p. 161).

(6) V. les références de cet arrêt, ainsi que la signification erronée qui lui a été longtemps attribuée, *supra*, note 7, p. 223.

*2. Arguments opposés ou favorables
à la nécessité d'une règle de rattachement relative
aux lois de police étrangères.*

269. — Si bon nombre d'internationalistes, particulièrement en Allemagne, aux Pays-Bas et en Italie, estiment que devant la transformation du droit résultant du dirigisme étatique, il est impossible de s'en tenir aux règles de droit international privé traditionnelles (1), l'idée selon laquelle un rattachement des lois de police étrangères serait nécessaire n'est pas unanimement reconnue.

Outre les objections formulées contre l'applicabilité même des lois de police étrangères (2), les restrictions de la doctrine à cet égard paraissent reposer sur deux considérations principales : d'une part, l'inutilité de recourir à une règle de rattachement concernant les lois de police étrangères, la règle de conflit relative aux contrats étant suffisante (a) ; d'autre part, le fait que la consécration d'une telle règle impliquerait un esprit de coopération internationale qui n'existe pas encore, du moins pas toujours (b). A cela, il faut ajouter les doutes que l'on peut avoir quant à la nécessité de déterminer une nouvelle règle de conflit destinée à prendre en considération les lois de police étrangères, étant donnée l'absence de caractère impératif de la règle de conflit en France (c). Ces diverses objections seront appréciées successivement.

270. — a) Alors que la prise en considération des lois de police du for indépendamment de la loi applicable au contrat rencontre peu d'opposants, certains auteurs (3) estiment qu'il est inutile de procéder à un rattachement aux lois étrangères de ce type, et qu'il conviendrait, lorsque la question litigieuse n'entre pas dans le domaine de la loi du for, d'en revenir *aux règles ordinaires de conflit*.

C'était notamment la position d'une partie de la doctrine italienne. Celle-ci, à la suite du mouvement de publicisation du droit du travail à l'époque du corporatisme en Italie, avait estimé que le droit italien devait s'appliquer dès qu'un travail était exécuté en Italie quelle que fût la loi applicable au contrat de travail (4). En revanche,

(1) NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives... », *Rev. crit.*, 1957.579 et s., spéc., p. 580.

(2) V. *supra*, n° 195 et s.

(3) Il est évident qu'il n'est question ici que de la doctrine qui a plus ou moins expressément envisagé la possibilité d'un rattachement particulier des matières qui étaient jusqu'alors considérées comme relevant de la loi applicable au contrat.

(4) V. sur ce point DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, p. 388 et s., et les auteurs cités ; CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 14 et s., p. 110. — Même après cette période, une partie de la doctrine continue à être favorable à la compétence nécessaire de la loi italienne en cas d'exécution du travail en Italie ; v. notamment MALIN-

lorsque le rapport de travail n'entraîne pas dans le domaine d'application de la loi italienne, il fallait recourir à la règle générale de droit international privé relative aux contrats de l'article 25 alinéa 1 des dispositions préliminaires du Code civil italien parce que ces rapports étaient de nature contractuelle (1). Outre un certain désintérêt à l'égard des lois de police étrangères, le principal fondement de ce point de vue semble être la position particulière du droit international privé italien en matière de *renvoi* (2). En effet, dit-on, si on procédait à l'égard des lois étrangères de la même manière que pour la loi du for, ce serait tenir compte des dispositions de la loi étrangère visant sa propre sphère d'efficacité dans l'espace (3), et donc, contraire aux principes du droit international privé italien, « qui fixe autoritairement le mode des règlements des rapports privés, sans avoir à rechercher la volonté exprimée par la loi étrangère quant à son application » (4).

TOPPI, « I rapporti di lavoro nel diritto internazionale privato », *Il Diritto dell'Economia*, 1958.664 et s., « Norme di applicazione necessaria e norme di diritto : internazionale privato in materia di rapporti di lavoro », *Riv. dir. int.*, 1962.278 et s. ; CONFORTI, *op. cit.*, *loc. cit.* — Cependant d'autres auteurs restent favorables à une soumission au régime ordinaire des contrats (v. notamment CANSACCHI, « La legge rogolatrice del rapporto di lavoro svoltosi all'estero », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1968.11 et s.), quitte à faire intervenir l'ordre public lorsque la loi étrangère est moins favorable que la loi italienne, (POCAR, « Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967.740 et s., et *Rev. crit.*, 1970.683 et 684). — Sur ce point, une décision récente du tribunal de Milan du 26 septembre 1968 (*Rev. crit.*, 1970.671, note Pocar) vient conforter cette position en des termes particulièrement nets. Le tribunal, alors que le travail s'exécutait en Italie, refuse en effet d'appliquer la loi italienne au titre d'une compétence impérative fondée sur le caractère publiciste de cette législation, pour soumettre le contrat passé entre une société et un salarié, tous deux français, à la loi française désignée par l'article 25 des dispositions préliminaires, la notion de l'ordre public de l'article 31 (définie en des motifs particulièrement intéressants), ne s'opposant nullement à une telle application. *Adde*, la jurisprudence citée dans le même sens par POCAR, *Rev. crit.*, 1970.683.

(1) Dans ce sens, BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2^e éd., Milan, 1950, p. 243 et s. L'auteur admet cependant dans un autre ouvrage que la transposition aux lois étrangères des solutions admises relativement en droit italien serait logique (v. *Trattato di diritto del lavoro*, 1^{re} éd., Padoue, 1939, vol. IV, p. 535 et 2^e éd., 1954, vol. V, p. 329 et s. — Sur les motifs de cette divergence, cf. de NOVA, *op. cit.*, p. 391 et s. M. MALINTOPPI (« I rapporti di lavoro nel d.i.p. italiano », *Il diritto dell'Economia*, 1958.664 et s.) semble également admettre que, lorsqu'on ne se trouve pas dans le domaine d'application des « normes d'application exclusive » ou « d'ordre public interne » de la loi italienne, la règle de conflit ordinaire relative aux contrats doit jouer. Il admet d'ailleurs que par le jeu de cette règle de conflit, le droit italien peut ainsi trouver un autre titre de compétence, (sur l'apparent illogisme de cette conception, v. QUADRI, « Problemi fondamentali del diritto internazionale privato del lavoro », *Jus Gentium*, vol. III, 1940, p. 154 et s.).

(2) On sait en effet que le renvoi est interdit par l'article 30 des dispositions préliminaires du Code civil italien.

(3) BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale del lavoro*, 1^{re} éd., p. 535, 2^e éd., p. 332, *Diritto internazionale privato*, p. 243.

(4) BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, p. 243.

271. — L'objection peut paraître décisive, du moins en droit italien, si on admet que la compétence de la loi de police du for ne résulte pas d'une règle de droit international privé (1), mais elle ne l'est plus, si l'on considère que celle-ci est désignée par une règle de conflit du for (2) — même unilatérale —. Dans cette conception, en effet, la considération du domaine d'application de la loi du for n'est qu'accessoire. Il s'ensuivrait que si l'on procédait de la même manière relativement à une loi de police étrangère, ce ne serait nullement admettre le renvoi prohibé par la loi italienne. On peut d'ailleurs remarquer que d'autres auteurs italiens ne se sont pas arrêtés à cette objection, et ont estimé qu'une bilatéralisation des solutions adoptées lorsque le travail était exécuté en Italie s'imposait, et qu'il convenait d'appliquer les lois étrangères de police du travail du lieu de la prestation normale de travail (3). Sans doute ce rattachement n'est-il pas préconisé expressément au titre d'un rattachement des lois de police étrangères, mais en tant que loi applicable aux *obligations ex lege* (4), mais il montre que la règle de conflit relative aux contrats n'est pas suffisante et que d'autres rattachements doivent être prévus pour certaines matières, quelle que soit leur connexité avec le contrat.

272. — Or, dans la mesure où l'on admet que les lois de police du for doivent être appliquées quelle que soit la loi du contrat et qu'ainsi, on reconnaît l'existence d'une catégorie de lois qui obéit à un rattachement particulier, il faut, semble-t-il, réserver un sort identique aux lois étrangères qui présentent les mêmes caractères (5). Seule, en effet, une *certaine symétrie* permet d'effacer le caractère nationaliste des solutions adoptées en faveur de la loi du for, et d'apporter des solutions susceptibles d'être reconnues internatio-

(1) Ce qui est la conception de M. MALINTOPPI, « I rapporti di lavoro nel d.i.p. italiano », *Diritto dell'Economia*, 1958, p. 664 et s.

(2) Dans ce sens CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 158 qui fonde la compétence de la loi italienne sur l'article 25, alinéa 2 des dispositions préliminaires du Code civil italien, tout en reconnaissant un caractère de « normes autolimitées » aux règles du droit du travail.

(3) V. références de la note suivante.

(4) Dans ce sens VENTURINI, « La disciplina di diritto internazionale privato del rapporto di lavoro », *Studi Parmensi*, 1951, vol. I, p. 33 et s. (L'auteur retient cette même solution en matière d'accidents du travail, in *Gli infortuni sul lavoro nel diritto internazionale privato italiano*, Milan, 1940, p. 50). Dans le même sens CONFORTI, (*L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompei, 1962, p. 131 et s.) qui préconise, à titre général, le rattachement des aspects sociaux de l'exécution à l'article 25 alinéa 2 des dispositions préliminaires.

(5) V. dans ce sens également NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives... », *Rev. crit.*, 1958.58. Selon l'auteur, « il faudrait transformer en règle de conflit bilatérale la pratique unilatérale qui consiste à n'appliquer une règle qui suppose manifestement l'existence d'un lien territorial que lorsque ce lien comporte en même temps un rapport interne avec le pays du juge saisi ».

nalement, puisqu'elles atténueront la disparité des conditions de la loi du for et des lois étrangères (1).

Ce sont ces considérations qui ont, semble-t-il, conduit de nombreux auteurs étrangers, particulièrement aux Pays-Bas et en Allemagne, en Belgique et en Italie, à préconiser des rattachements complémentaires en matière de contrats internationaux.

273. — *Aux Pays Bas*, M. de Winter (2) semble être l'un des premiers à avoir estimé que le rattachement d'un contrat à la loi du contrat était insuffisant. Selon lui, pour obtenir des solutions internationalement acceptables, il fallait tenir compte de tous les systèmes de droit auxquels le contrat se rattachait par ses éléments de fait, lorsque le but social de leurs règles en imposait et en justifiait l'application. Dans le même esprit M. Deelen (3) montre dans sa thèse publiée en 1965, la nécessité de tenir compte, au côté de la loi choisie par les parties, des dispositions essentielles aux intérêts socio-économiques des pays affectés par l'opération contractuelle (4).

Presque simultanément avec M. de Winter, M. Wengler (5) en *Allemagne* (6) estima qu'il était nécessaire de réserver aux lois étrangères un sort identique à celui qui était assigné aux dispositions impératives du droit des obligations du for, et par conséquent, admettre une *règle de conflit* aux termes de laquelle le juge serait tenu d'appliquer « les règles impératives étrangères » dans le cadre territorial que leur a assigné le législateur. Il fallait pour cela que le législateur étranger ait « compétence » pour édicter de telles règles, c'est-à-dire qu'il existât un « rapport suffisamment étroit » entre la législation étrangère et les faits qu'elle entendait régler (7). M. Zweigert (8) reprit cette idée sur un point précis, celui des inter-

(1) Sur la quasi-impossibilité d'aboutir à une égalité de condition de la loi étrangère et de la loi du for, v. *infra*.

(2) DE WINTER, W.P.N.R. (1940) n° 3676; *Rechtsgeleerd Magazijn Thémis*, 1947.101 et s.; *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1964.329 et s. (résumé en français, p. 361-365). V. également BARMAT, *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratatie*, t. 71, 1940, p. 260 et s.

(3) DEELEN, *Rechtskeuze in het Nederlands internationaal contractenrecht, een jurisprudentie — onderzoek*, (Le choix du droit applicable au contrat international dans le droit international privé néerlandais — Etude de Jurisprudence) Amsterdam, 1965, Scheltema en Holkema N.V., 302 p. (v. le compte rendu STRUYCKEN, *Rev. crit.*, 1967.440 et s.).

(4) V. également dans un sens semblable SAUVEPLANNE, article dans le recueil *Vooruitzichten der Rechtswetenschap* 1964. p. 279 et s.

(5) WENGLER, « Die Anknüpfung der zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, t. 54, p. 168 et s. V. également du même auteur, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Rev. crit.*, 1953.43.

(6) V. outre les auteurs cités au texte, les tenants de doctrines équivalentes en Allemagne (v. références en ZWIEGERT, *Rev. crit.*, 1965, p. 650 notes 3 et 5).

(7) WENGLER, *op. cit.*, p. 181 et s.

(8) ZWIEGERT, « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leitungsverbote », *Rabels' Z.* 14 (1942), p. 283 et s.

diction d'exécution édictées par un législateur étranger, tout en élargissant le débat puisqu'il abordait le problème du sort sur le plan international des dispositions étrangères de droit public (1). L'auteur préconisa, quelle que soit la loi applicable au contrat, d'opérer un *rattachement spécial* (Sonderanknüpfung) des *interdictions d'exécution* résultant d'une loi de droit public étrangère à condition, d'une part, que le législateur le demande et d'autre part, « que le mouvement de valeur qui constitue l'exécution, s'opère en tout ou en partie sur le territoire du pays où l'interdiction a été édictée » (2).

274. — M. Neumayer (3) développa cette idée de rattachement spécial pour l'étendre à toutes les *dispositions « internationalement » impératives*, dont l'application s'impose à son avis indépendamment de la soumission du contrat à une loi déterminée (4). Il ne s'agit évidemment pas pour lui de tenir compte de toutes les règles impératives qui pourraient exercer une influence sur le contrat, ce qui remettrait en cause le principe même de l'autonomie de la volonté.

Il distingue à cet égard deux sortes de règles contractuelles impératives : un groupe personnel et un groupe territorial (5). Sur les premières, la volonté des parties peut exercer une influence (6), dans la mesure où elles peuvent être écartées par la désignation par les contractants de la loi applicable au contrat. Au contraire, la volonté des parties ne peut éviter l'emprise des secondes parce que leur force obligatoire est liée à l'existence d'un lien territorial entre celles-ci et l'opération contractuelle. « Ces dispositions s'appliquent — écrit l'auteur — dès qu'il existe par rapport aux éléments de fait le lien territorial qui, aux termes même de la loi est la condition de son application, dès que le rapport juridique s'est intégré, au moins en partie dans la vie sociale du groupe que les dispositions en question visent à réglementer » (7).

(1) V. également ZWIGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.645 et s., où l'auteur aborde le problème de l'applicabilité des lois étrangères de droit public et celui de savoir si la méthode de règlement des conflits de lois par règles de conflit bilatérales est valable pour les dispositions du droit public (v. *supra*, n° 206 et 220).

(2) ZWIGERT, article préc., *Rabels' Z.* 14 (1942), p. 295.

(3) NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé », *Rev. crit.*, 1957.579 et s., *Rev. crit.*, 1958.53 et s. V. également du même auteur « Die Notgesetzgebung der Wirtschaftrechts im internationalen Privatrecht », *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, fasc. 2.1958, p. 35 et s. V. également in *Rabels' Z.* 25 (1960), p. 649 et s.

(4) NEUMAYER, « L'autonomie... », *Rev. crit.*, 1958.70 et s. L'auteur apporte cependant une limite au principe du rattachement spécial des « dispositions internationalement impératives » puisqu'il en écarte les « lois politiques », (sur cette notion, v. *supra*, n° 215 et s.).

(5) NEUMAYER, article préc., *Rev. crit.*, 1958.59.

(6) Ce que l'auteur exprime en disant que ces dispositions « se prêtent au rattachement par les parties » (*op. cit.*, p. 63).

(7) NEUMAYER, article préc., *Rev. crit.*, 1958.57.

Le critère retenu (1) par M. Neumayer pour distinguer ces deux sortes de règles se révèle très peu différent de la distinction de Pillet relative aux lois de protection individuelle et aux lois de garantie sociale. Les premières, qui se prêtent à un rattachement par les parties (2) sont celles qui sont « au service des rapports juridiques entre les particuliers » (3), tandis que les secondes « protègent non pas les contractants dans les rapports réciproques, mais la société contre les stipulations des individus » (4). Il résulte de cette distinction que pour M. Neumayer, seules sont « internationalement impératives » les dispositions que « le législateur a doté d'une force obligatoire absolue à l'égard d'un groupe social déterminé » parce qu'elles sont « édictées en vue surtout de promouvoir ou d'assurer le *bien public* ou de servir *l'intérêt de l'Etat...* » (5). On a déjà constaté lorsqu'il s'agissait de préciser la notion de loi de police, combien ce critère était difficile à mettre en œuvre en toute certitude — au demeurant M. Neumayer le reconnaît lui-même (6) — mais la doctrine développée par M. Neumayer a pour principal intérêt de mettre en évidence le fait que le caractère de certaines dispositions s'accommode mal du rattachement exclusif à une loi déterminée de l'opération contractuelle et que seul un rattachement particulier de ce type de dispositions — qu'on retienne ou non la terminologie de lois de police — peut rendre compte de la réalité des relations patrimoniales internationales.

275. — La nécessité d'une règle de rattachement relative aux lois de police étrangères apparaît également dans la *doctrine belge*, quoique avec moins de vigueur malgré le soutien que celle-ci peut trouver dans l'article 3 alinéa 1 du Code civil belge (7). Si telle semble être la position de M. Vander Elst (8) M. Van Hecke pour sa part, estime qu'un rattachement indépendant ne s'impose que pour les lois de police « extra-contractuelle », parce que celles-ci, dit-il,

(1) NEUMAYER (*op. cit.*, p. 60 et 61) essaye d'abord de trouver un critère dans « l'antinomie droit privé-droit public », dont il reconnaît l'impraticabilité. C'est pourquoi il se rallie à un critère fondé sur une analyse fonctionnelle des dispositions en cause (*op. cit.*, p. 62).

(2) NEUMAYER, *Rev. crit.*, 1958.63.

(3) NEUMAYER, *Rev. crit.*, 1958.62.

(4) NEUMAYER, *Rev. crit.*, 1958.64.

(5) *Rev. crit.*, 1958.64. V. les exemples donnés par M. NEUMAYER, *op. cit.*, p. 56 et s.

(6) *Rev. crit.*, 1958.65 et s.

(7) Ceci paraît aisément compréhensible. En effet, plus on a dans son propre droit les éléments d'une règle de rattachement, moins il paraît nécessaire d'en justifier la nécessité.

(8) VANDER ELST, *Les lois de police et sûreté en droit international privé français et belge*, Paris, t. I, 1956, t. II, 1963. V. du même auteur, « L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge », *Mélanges Baron Louis Frédéricq*, 1967. L'auteur estime que la loi de police saisit l'activité humaine d'origine contractuelle en tant que fait indépendant de cette origine.

sont étrangères à la réglementation des rapports contractuels (1). L'existence de lois de police « contractuelle » autres que celles du système juridique applicable au contrat, ne lui paraît pas, au contraire, nécessiter un rattachement spécial, mais seulement devoir mettre en doute la légitimité de la prise en considération du choix exprès de la loi du contrat par les parties, lorsque ce choix déroge à la localisation objective du contrat (2). Mais à notre avis la distinction des lois de police contractuelle et extra-contractuelle ne repose pas sur un critère tellement évident (3) qu'elle doive entraîner une différence de solutions. Du moment que par leurs objectifs et leur nature elles ont le caractère de lois de police, le degré plus ou moins élevé de leur incidence sur l'opération contractuelle (4) importe peu à côté de l'intérêt que le législateur attache à l'observation d'une disposition de ce type. Au demeurant, la jurisprudence, lorsqu'elle fait application de la loi du for indépendamment de la loi applicable au contrat n'opère pas une telle distinction. Or il ne paraît pas souhaitable d'être plus restrictif lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère : un parallélisme des solutions s'impose au contraire.

276. — *b)* Une seconde objection s'opposerait à un tel parallélisme. Selon certains auteurs, la transposition aux lois de police étrangères des solutions relatives aux lois de police du for serait impossible à l'heure actuelle, faute des conditions suffisantes de coopération internationale entre Etats qu'elle implique. Ces réticences que l'on observe chez ces auteurs, quant à la nécessité de déterminer une règle de rattachement relative aux lois de police étrangères sont voisines de celles que l'on pouvait constater lorsqu'il s'agissait de l'applicabilité des lois de police étrangère du système juridique applicable au contrat (5). Ainsi, M. Francescakis écrit-il à propos des lois d'application immédiate, que les dispositions de ce type sont susceptibles de bilatéralisation, seulement « dans la mesure

(1) VAN HECKE, « Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Revue de droit international et comparé*, 1955 (t. 32), p. 81 et s., p. 89. V. également du même auteur, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Leyde, 1964, 2^e éd., p. 124 et s.

(2) VAN HECKE, art. préc. p. 89.

(3) La distinction faite par M. VAN HECKE (*op. cit.*, p. 89) repose principalement sur l'opposition des intérêts généraux et des intérêts particuliers. Or on a déjà remarqué que, même si une disposition vise de prime abord les intérêts particuliers, cela n'exclut pas qu'elle vise également les intérêts généraux.

(4) M. Van Hecke reconnaît d'ailleurs lui-même que les lois de police extra-contractuelle ont « un effet réflexe » sur le contrat. Et il admet que ces effets réflexes peuvent parfaitement être réglementés par la *lex contractus* (*op. cit.*, p. 89).

(5) Puisqu'en définitive les raisons « techniques » invoquées pouvaient être presque toujours réduites à l'idée que, dans certains domaines, la coopération entre Etats est inconcevable.

où la coopération internationale se développe jusqu'à écarter la primauté de l'organisation étatique » (1). Or ces conditions selon lui, n'existeraient pas encore si ce n'est pour les relations internationales « sélectives » (2), c'est-à-dire les relations organisées par des traités (3). Ce sont des considérations semblables (4) qui conduisent M. Franck Vischer (5) à s'opposer à la doctrine du rattachement spécial des dispositions impératives de M. Neumayer. En effet pour lui, il ne saurait être question de coopération internationale en ce domaine, puisque les mesures prises par un Etat pour assurer certains objectifs sociaux ou économiques le sont nécessairement au détriment des autres Etats.

277. — A supposer que ce soit toujours vrai — et cela ne l'est pas —, cela n'empêche pas qu'une certaine coopération internationale soit possible et souhaitable (6), ne serait-ce que d'un point de vue nationaliste, par la *réciprocité* qu'elle pourrait entraîner au bénéfice de la loi du for. Au demeurant, cette considération n'est pas un obstacle à l'*existence* d'une règle de rattachement, à moins de retomber dans les errements des thèses qui soutenaient l'exclusion du domaine des conflits des lois de certaines catégories de lois (7). Seule la *mise en œuvre* de la règle de conflit pourrait, à la rigueur, être perturbée par l'absence de coopération entre le « pays-législateur » et le « pays-juge », par le jeu de l'ordre public international (8).

Aussi, quand bien même la coopération entre Etats ne serait pas totale, particulièrement dans ces domaines, en raison du fait que les lois de police peuvent refléter plus que d'autres les intérêts de l'Etat, il ne s'ensuivrait pas nécessairement qu'une règle de rattachement relative aux lois de police étrangères soit inutile.

278. — c) En revanche, une autre considération serait peut-être de nature à douter de la nécessité de déterminer une telle règle : l'absence de caractère impératif des règles de conflits, du moins en France,

(1) FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit.*, 1966.1et s., spéc. p. 16 note 2.

(2) *Op. cit.*, p. 16 note 2.

(3) On en trouve, en effet, un exemple dans les Accords de Bretton Woods, en vertu desquels un pays signataire ne peut ordonner l'exécution d'un contrat conclu en violation de n'importe quelle législation de change d'un Etat membre du F.M.I. (v. *supra*, nos 228 et s., et *infra*, nos 330 et s.).

(4) Indépendamment des critiques adressées par M. Vischer à cette doctrine, compte tenu du morcellement du contrat auquel elle paraît conduire.

(5) F. VISCHER, « Kollisionsrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung », *Festgabe Max Gerwig*, Bâle, 1960, p. 167 et s. V. du même auteur, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, 1962, 275 p.

(6) V. d'une manière générale, sur cette considération, les développements relatifs à l'applicabilité des lois de police étrangères (*supra*, nos 195 et s.).

(7) V. *supra*, nos 195 et s.

(8) V. *supra*, nos 223 et s.

En effet, si deux raisons principales conduisent à admettre une règle de rattachement des lois de police étrangères, d'une part, établir une certaine symétrie avec les solutions adoptées à l'égard des lois de police du for, d'autre part, assurer une coordination des systèmes juridiques plus efficace par l'adoption de rattachements plus adaptés, on peut estimer qu'en définitive ces objectifs ne seraient pas atteints, puisque la règle de conflit n'a pas en France un caractère impératif, du moins lorsqu'elle donne compétence à une loi étrangère (1). Ainsi, même si le juge a la possibilité d'appliquer d'office la loi étrangère (2) — ce qu'il sera peut-être encore moins tenté de faire en ce domaine qu'en matière de statut personnel —, la plupart du temps la prise en considération d'une loi de police étrangère dépendrait de la volonté de l'un ou l'autre (3) des contractants, ou plus exactement de sa mauvaise volonté à exécuter le contrat.

Cependant cette considération ne suffit pas à démontrer l'inutilité d'un rattachement des lois de police étrangères, puisque l'application de la loi étrangère est toujours soumise à une telle incertitude. Au demeurant, la position de la jurisprudence française ne serait-elle pas susceptible d'évoluer (4), ne serait-ce qu'en raison des critiques dont elle fait l'objet, particulièrement lorsque la règle de conflit est relative à des matières impératives ? (5). Le fait qu'un certain

(1) V. Civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, D., 1960.610, note Malaurie ; J.C.P., 1960.II.11733, note Motulsky ; *Rev. crit.*, 1960.62, note H. B. ; *Clunet*, 1960.810, note Sialelli.

(2) Civ., 2 mars 1960, *Chemouny*, *Rev. crit.*, 1960.97, note H. B. ; J.C.P., 1960.II.11734, note Motulsky ; *Clunet*, 1961.408, note B. Goldman.

(3) Ne serait-ce que parce que le juge peut plus difficilement avoir connaissance des lois étrangères de police que des dispositions relatives au statut personnel qui ont souvent un caractère notoire. Rappelons d'ailleurs à ce propos, qu'on a soutenu que le juge pouvait être tenu d'appliquer d'office la loi étrangère lorsqu'elle a un caractère notoire (v. obs. LOUSSOUARN, *Rev. trim. dr. com.*, 1960.700). Cf. la critique de C. DAVID, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris, 1965, n° 90.

(4) L'absence de caractère impératif de la règle de conflit paraît liée en effet non seulement au caractère « subsidiaire » de la règle de conflit (v. DAVID, *op. cit.*, n° 74 et s.) mais surtout à l'infériorité de la condition de la loi étrangère par rapport à celle du for. La preuve en est que la règle de conflit paraît avoir un caractère impératif lorsqu'elle donne compétence à la loi du for. Or il ne semble pas utopique de penser que l'évolution des relations internationales et du droit international privé puisse conduire à un alignement des conditions de la loi du for et de la loi étrangère, même s'il n'est pas total.

(5) La position de la jurisprudence française est généralement critiquée (v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 333 et les auteurs cités en note 21), surtout lorsque la règle de conflit est relative à une matière impérative en droit interne (v. MALAURIE, D., 1954.519, note sous Poitiers, 18 décembre 1953 et les objections de M. DAVID, *op. cit.*, n° 91 et s.). — V. également en faveur du caractère impératif de la règle de conflit lorsqu'il y a fraude à la loi étrangère, MALAURIE, D., 1962.617, note sous Paris, 6 avril 1962.

nombre de pays étrangers (1) imposent au juge l'application d'office de la loi étrangère ne rend pas impensable une telle évolution.

C'est pourquoi ces diverses objections ne nous paraissant pas décisives, il convient de déterminer un procédé de rattachement aux lois de police étrangères, c'est-à-dire une méthode permettant la désignation de celles-ci.

C. — PROCÉDÉ DE RATTACHEMENT AUX LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES.

279. — Si la détermination d'un ou plusieurs procédés de rattachement aux lois de police étrangères ne présente pas des difficultés insurmontables, la formulation d'une règle générale de rattachement est plus délicate en raison de l'hétérogénéité de cette catégorie de lois. En effet, si on a admis qu'un certain nombre de lois par leurs caractères répondaient à la notion de lois de police, il n'empêche qu'elles sont parfois dépendantes de règles de conflits établies (relatives aux délits, aux sociétés, aux nationalisations...) ou qui sont à établir (relatives aux législations anti-cartels, aux législations de change...). Dès lors la formulation d'une règle unique paraît peu réaliste.

De plus, dans la mesure où il faut ici essayer de respecter le domaine d'application que s'assignent ces lois, l'hétérogénéité de cette catégorie de lois est également une source de difficultés : les critères de rattachement qui pourraient être retenus pour les unes ne peuvent l'être pour les autres. En effet, si à l'égard de certaines dispositions, un simple critère objectif de localisation, tel l'accomplissement d'un acte ou d'une activité sur un territoire donné, est suffisant pour entraîner leur application, le domaine d'application d'autres dispositions résulte d'éléments plus complexes. On a pu le constater lorsqu'il s'agissait des lois de police — ou d'application immédiate — du *for*. Or si la prise en considération de celles-ci pouvait à la rigueur être indépendante d'une règle de conflit (2), il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère. En effet si la teneur de la loi étrangère la rend apte à régir la situation, encore faut-il que celle-ci soit désignée par une *règle du for*, puisqu'il faut bien admettre que la loi étrangère n'est applicable en France que lorsqu'une règle de droit interne le prescrit.

Dans cette optique, on peut songer à trois procédés de rattachement

(1) En Allemagne ou aux Pays-Bas par exemple (ce qui rend particulièrement intéressante la solution de l'arrêt du *Hoge Raad* du 13 mai 1966, *Rev. crit.*, 1967.522, note Struycken, analysé *supra*, n° 268). Pour les autres pays, v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 333, note 21 et G. DAVID, thèse précitée, p. 22 et s.).

(2) Ce que d'ailleurs nous avons essayé de condamner (v. *supra*, n° 259).

ment aux lois de police étrangères : le premier pourrait avoir une portée générale et relèverait d'une « bilatéralisation » de l'article 3 alinéa 1 du Code civil, le second consisterait à formuler une règle de rattachement plus précise, mais limitée aux lois de police qui ont une incidence sur l'opération contractuelle, le troisième enfin, procéderait d'une méthode plus empirique, à savoir la bilatéralisation dans chaque cas des solutions admises relativement aux lois de police ou d'application immédiate du for, trois procédés qui seront appréciés successivement.

1. *L'utilisation de l'article 3 alinéa 1 du Code civil.*

280. — S'agissant de déterminer un procédé de rattachement aux lois de police étrangères, on peut songer en premier lieu à utiliser un texte qui existe déjà, à savoir l'article 3 alinéa 1 du Code civil en vertu duquel « les lois de police et sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Deux considérations sembleraient s'y opposer : d'une part l'impossibilité de bilatéraliser cette disposition, d'autre part l'insuffisance du critère de rattachement retenu par ce texte, « l'habitation sur le territoire ». Cependant malgré ces considérations, l'article 3 alinéa 1 pourrait fort bien constituer un principe général de solution, précisément dans la mesure où l'imprécision et la concision de sa formulation laissent une possibilité d'interprétation et d'extension que ne permettrait pas un libellé plus explicite.

281. — En effet, on ne voit guère pour quelles raisons majeures, l'article 3 alinéa 1 du Code civil qui procède par délimitation du champ d'application de la loi française et qui peut s'analyser comme une règle de conflit unilatérale (1), ne pourrait être bilatéralisée comme l'ont été la plupart des règles de conflits énoncées sous une forme unilatérale tant en France qu'à l'étranger. Les mêmes motifs de bilatéralisation existent en l'occurrence à savoir la nécessité de déterminer la loi la plus appropriée à régir un rapport juridique, dès que la loi du for ne présente plus de titre de compétence légitime (2). A vrai dire, si l'idée selon laquelle l'article 3 alinéa 1 du Code civil ne saurait être bilatéralisée est si répandue, c'est toujours en vertu de cette réticence manifestée par les tribunaux et la doctrine à l'égard des lois de police étrangères (3). Il devient alors évident qu'il est inutile d'admettre la compétence d'une loi de police étrangère si c'est pour ne pas l'appliquer.

(1) Ce, bien qu'en apparence ses termes ne se présentent sous une formulation abstraite, caractéristique de la règle de conflit, même unilatérale.

(2) Sans doute, la loi du for conserve-t-elle une vocation subsidiaire à s'appliquer, lorsque la mise en œuvre de la règle de conflit se révèle impossible.

(3) Cette réticence est d'autant plus forte qu'on semble ici prendre le terme « loi de police et de sûreté » dans son sens originare de loi pénale.

Cependant, il faut bien reconnaître que le critère de rattachement retenu par l'article 3, « *l'habitation sur le territoire* » n'est pas non plus *a priori* de nature à favoriser une utilisation générale de cet article. A cet égard, on voit mal l'intérêt d'avoir une règle qui donnerait compétence à la loi de police étrangère du lieu où habite l'un ou l'autre des contractants. Ce sont précisément les insuffisances du critère retenu qui ont conduit la jurisprudence à développer la notion de loi d'ordre public ou à faire de l'ordre public international une circonstance de rattachement à la loi du for (1), lorsqu'il s'agissait de l'application des lois de police du for. Mais l'interprétation stricte du terme « habitation » s'impose-t-elle réellement, ne peut-on lui donner un sens élargi ? (2) Un argument pourrait être trouvé dans la jurisprudence relative aux conflits de lois en matière de délits ; cet argument vaudrait également quant à la possibilité de bilatéraliser l'article 3 alinéa 1 du Code civil. On admet, en général, en effet, que le rattachement d'un délit à la *lex loci delicti* est fondé sur l'alinéa 1 de l'article 3 du Code civil (3). Or incontestablement le critère de rattachement retenu n'a pas été l'habitation sur le territoire de l'auteur ou de la victime du délit, mais la *localisation* du fait juridique que constitue le délit. Il n'est pas davantage contestable que l'on a reconnu par la même occasion la compétence de lois étrangères. L'argument n'est sans doute pas à toute épreuve car on peut aussi admettre que l'article 3 alinéa 1 ne constitue pas le fondement de la règle de conflit relative aux délits. En tout état de cause, l'exemple soulignerait le pouvoir de création de la jurisprudence en matière de règles de conflit, sinon son large pouvoir d'interprétation.

Pour cette raison, on peut très bien voir dans l'article 3 alinéa 1 du Code civil, malgré l'insuffisance de sa formulation, le point de départ d'une règle de rattachement qui serait également valable à l'égard des lois de police étrangères. C'est semble-t-il l'opinion d'un auteur belge, M. Vander Elst (4), qui admet indépendamment de la soumission du contrat à la loi du contrat, la compétence des lois de police (5), désignées par l'article 3 alinéa 1 du Code civil belge.

(1) V. *supra*, n°s 248 et s.

(2) Selon M. BATIFFOL (*Traité*, 4^e éd., n° 557), « Force est ... d'interpréter le terme « habiter » puisque son sens grammatical est irrecevable. L'interprétation la plus simple consiste à considérer que l'article 3 vise ceux « qui se trouvent » en France, c'est-à-dire ceux qui agissent en France ».

(3) V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 557.

(4) VANDER ELST, « L'autonomie de la volonté en droit international français et belge », *Mélanges Baron Louis Frédéricq*, 1967. V. également du même auteur, *Les lois de police et sûreté en droit international privé français et belge*, 1956, t. I, 1963, t. II.

(5) Selon l'auteur, le rattachement à la loi de police se fait par la localisation du fait juridique que constitue « l'activité humaine d'origine contractuelle » (cf. l'art. préc.).

282. — Cependant, il faut bien reconnaître que si l'article 3 alinéa 1 du Code civil peut fournir au juge une base légale suffisante pour justifier l'application d'une loi de police étrangère, il ne lui donne guère d'*éléments concrets* en vue de sa détermination. C'est pourquoi on peut préférer à un procédé fondé sur une large interprétation de l'article 3 alinéa 1 du Code civil, une règle de rattachement limitée aux lois de police qui ont une incidence sur l'opération contractuelle, mais une règle qui tiendrait davantage compte de la complexité des éléments de rattachement des lois de police.

*2. Règle de rattachement limitée aux lois de police
qui ont une incidence sur le contrat*

283. — En effet, pour déterminer un procédé de rattachement aux lois de police étrangères, il paraît nécessaire de prendre en considération à la fois la complexité de l'opération contractuelle et la complexité des éléments retenus par les lois de police étrangères pour délimiter leur propre champ d'application, celui-ci étant pas toujours fixé en fonction du seul accomplissement total ou partiel d'un acte sur le territoire, mais parfois en fonction de ses répercussions sur l'Etat qui a édicté la mesure. Mais il faut également que la formulation de la règle ait un caractère suffisamment abstrait pour ne pas être une énumération d'hypothèses diverses. Aussi peut-on penser à une règle de ce type : « *Sont applicables en matière internationale les lois de police des pays dont les intérêts socio-économiques sont affectés par l'opération contractuelle, lorsque le rapport juridique ou ses effets se localisent dans le domaine d'application que s'assignent ces lois* ».

La limpidité et la concision ne sont certes pas les atouts majeurs de la règle énoncée, mais elle a pour avantage de mettre en relief à la fois les motifs qui ont conduit à reconnaître une catégorie générale de lois de police et la caractéristique de ces lois de tendre vers un domaine d'application plus large qu'une stricte application territoriale.

284. — Dans ce même esprit, diverses formules sont proposées par les auteurs allemands favorables à un rattachement spécial de dispositions impératives (1). Ainsi M. Wengler (2) suggérerait-il dès 1941, la reconnaissance d'une règle de conflit, aux termes de laquelle le juge devrait appliquer les règles impératives étrangères dans le

(1) Rappelons que la notion de dispositions impératives correspond sensiblement à celle de lois de police qui a été retenue ici, et qu'il ne s'agit évidemment pas de toutes dispositions impératives sur le plan interne.

(2) WENGLER, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, t. 54, p. 181 et s.

cadre territorial assigné par le législateur étranger, dès qu'un « rapport suffisamment étroit » existe entre ces dispositions et les faits qu'elles entendent régler. La formule retenue par M. Neumayer paraît cependant plus concrète, dans la mesure où elle précise la condition d'existence de ce « rapport suffisamment étroit » (1) : « les règles qui sont impératives sur le plan international s'appliquent chaque fois que les éléments de fait visés par une disposition se réalisent tout ou dans leur partie essentielle dans la sphère sociale relevant du législateur ayant édicté la dite disposition » (2).

285. — La règle de rattachement proposée par un auteur italien, M. Conforti (3), est également intéressante (4), bien que limitée aux « aspects sociaux de l'exécution », dans lesquels l'auteur comprend principalement l'exécution du contrat de travail, celle des obligations monétaires, ainsi qu'un certain nombre de questions rattachées habituellement aux « modalités d'exécution » (5). Selon M. Conforti, ces matières doivent être rattachées non pas à l'*alinéa* 1 de l'article 25 des Dispositions Préliminaires du Code civil italien relatif aux contrats, mais à l'*alinéa* 2 de ce même article, qui prévoit le rattachement des obligations non contractuelles à la loi locale (6), car selon lui, les règles qui interviennent dans l'exécution n'ont pas pour objet direct de régler le contrat (7). A cet égard, on pourrait rapprocher cette solution d'une solution qui serait fondée sur l'article 3 *alinéa* 1 du Code civil français puisque toutes deux consacrent la compétence de la loi locale (8). Néanmoins, selon M. Conforti,

(1) Dans ce même but de précision M. Zweigert propose le rattachement des dispositions relatives aux interdictions d'exécution lorsque « le mouvement de valeur qui constitue l'exécution s'opère tout ou en partie sur le territoire du pays où l'interdiction a été édictée ». V. ZWIEGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.649 et le renvoi fait à ses écrits précédents, *op. cit.*, p. 649, note 4.

(2) NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *Rev. crit.*, 1958.73.

(3) B. CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompéi, 1962, Morano Editore, 326 p.

(4) Son intérêt est accru par le fait qu'il montre que même dans un système de droit international privé « fermé », parce qu'il résulte d'un ensemble de règles de conflit d'origine législative, l'adaptation des solutions à l'évolution du droit et des relations internationales reste possible.

(5) V. *supra*, n° 117 et s., la critique de la conception phéhorique de la notion de « modalités d'exécution », critique également faite par M. CONFORTI (*op. cit.*, p. 39 et s.).

(6) CONFORTI, *op. cit.*, p. 122 et s. La loi locale sera en définitive celle du lieu d'exécution, compte tenu de la notion large de « lieu d'exécution » admise par l'auteur (v. *op. cit.*, p. 161 et s.).

(7) CONFORTI, *op. cit.*, p. 131 et s. Au contraire, celles-ci ont en vue des exigences propres de l'Etat qui les édicte (*op. cit.*, p. 160), la protection des intérêts de la collectivité (*op. cit.*, p. 99 et s.).

(8) Compte tenu évidemment de l'interprétation de l'article 3, *alinéa* 1 en matière de délits.

ce rattachement de certaines matières à l'article 25 alinéa 2 des Dispositions Préliminaires permet de prendre en considération la sphère d'application à laquelle la loi étrangère prétend d'elle-même (1). Ainsi, cette règle de rattachement conduirait-elle à transposer à l'égard des lois étrangères l'*autorattachement* des lois du for (2) qui résultait de l'existence en droit italien de « lois fixant leur propre domaine d'application » ou « d'application nécessaire » (3). Mais, en définitive, puisqu'il s'agit de transposer les solutions relatives aux lois du for, n'est-il pas plus simple de les utiliser en les bilatéralisant, même si la méthode paraît de prime abord plus empirique ?

3. Bilatéralisation des lois de police du for

286. — La bilatéralisation des lois de police du for paraît être un procédé légitime de rattachement des lois de police étrangères (a). Mais la définition même du procédé pourrait en limiter l'utilisation aux seules dispositions étrangères qui entrent dans la notion de lois de police du for (b) ; c'est ce qu'il conviendra de voir successivement.

287. — a) *La légitimité du procédé.* — Dans la mesure où tout principe de solution en droit international privé a pour *fondement les conceptions du for* (4), le procédé qui consisterait à utiliser les solutions admises en faveur de la loi du for pour les transposer à l'égard des lois étrangères paraît acceptable.

Par « solutions admises en faveur de la loi du for », nous entendons les cas où le législateur expressément et, à défaut, l'interprète — jurisprudence (5) et doctrine —, reconnaissent la nécessité d'imposer

(1) Ce que l'auteur exprime en disant que la sphère d'application assignée à la loi étrangère par l'article 25, alinéa 2 coïncide avec la sphère d'application à laquelle ses normes prétendent d'elle-même (*op. cit.*, p. 157). Il note d'ailleurs que cette coïncidence n'est pas artificielle car le principe *locus regit actum* vise à assurer les exigences qui sont à la base même de la territorialité de ces règles.

(2) M. CONFORTI, constate en effet que si on peut parler « d'autorattachement » lorsqu'il s'agit de la loi du for, ce n'est plus possible à l'égard d'une loi étrangère ; c'est pourquoi il s'efforce de faire entrer les « aspects sociaux de l'exécution » dans une des catégories de rattachement du droit international privé italien, l'article 25 al. 2 (*op. cit.*, p. 122 et s.). Par la suite, il semble admettre que l'article 25 al. 2 peut également délimiter le droit matériel italien (*op. cit.*, p. 158). Il procède ainsi d'une démarche inverse de la nôtre, puisqu'il détermine d'abord une règle de rattachement relative aux lois étrangères pour ensuite l'étendre à la loi du for.

(3) V. sur ces notions de la doctrine italienne équivalentes à celles de lois d'application immédiate, *supra*, n° 251.

(4) Même s'il leur projection sur le plan international les déforme quelque peu.

(5) Il ne s'agit pas ici des procédés parfois utilisés par la jurisprudence pour

l'application de la loi du for malgré la présence d'éléments d'extranéité. Or, si cette nécessité apparaît liée aux objectifs poursuivis par la loi du for, la prise en considération de celle-ci est néanmoins liée à l'existence de points de contacts avec le for, nationalité de résidence des parties, accomplissement d'un acte ou réalisation d'un fait sur le territoire, ou même les répercussions d'un fait sur ce territoire d'un acte accompli à l'étranger, etc... Pour cette raison, il a paru préférable de voir dans l'application « immédiate » de la loi du for, la mise en œuvre d'une règle de conflit unilatérale (1), même si, de prime abord, le caractère abstrait spécifique de la règle de conflit faisait défaut.

288. — Pourquoi, dès lors, ne pas « bilatéraliser » ces règles de conflit unilatérales, à l'égal de la plupart des règles de conflit énoncées sous une forme unilatérale ? C'est techniquement possible (2). *Les critères de rattachement à la loi du for peuvent légitimement servir de critères de rattachement aux lois étrangères.* Dans ce sens, le fait que les lois de police étrangères déterminent elles-mêmes leur propre sphère d'application n'est pas un obstacle à leur désignation par une règle de conflit (3).

L'utilisation des critères de rattachement du for est aisée lorsqu'il s'agit de critères *simples*, tels la situation de l'immeuble pour la matière dite « des loyers », l'accomplissement d'un travail sur un territoire donné pour les matières qui dépendent davantage de l'activité matérielle du travailleur que du lien « intellectuel » qui unit le travailleur à l'employeur, la localisation d'un délit pour déterminer la recevabilité de l'action directe de la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage (4), etc...

L'utilisation des critères du for est encore possible même lorsqu'il s'agit de *critères plus complexes*, tels ceux retenus par les législations

justifier l'application de la loi du for, procédés que nous avons condamnés, *supra*, n° 243 et s., mais la mise en évidence d'éléments caractéristiques qu'ils révèlent. V. cependant, les réserves faites sur la tendance de la jurisprudence à étendre excessivement le domaine de la loi du for, *supra*, n°s 246 et 247.

(1) V. *supra*, n°s 257 et s.

(2) V. dans ce sens également GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, 1963, t. II, p. 638. « Elle (la bilatéralisation) est... parfaitement réalisable lorsque l'application immédiate est commandée par le contenu de la loi interne dont la sphère d'efficacité est déterminée en fonction d'un critère susceptible d'être employé par une règle de conflit ». L'auteur exclut cependant cette technique, à juste titre, lorsque la règle d'application immédiate trouve en quelque sorte son fondement dans un privilège de nationalité (*op. cit.*, p. 638). Mais la limite pourrait être difficile à tracer, car il peut se faire que la nationalité soit un critère de rattachement, sans qu'il y ait véritablement un privilège de nationalité.

(3) V. cependant *infra*, n° 289, la difficulté qui pourrait résulter du fait que le domaine d'efficacité de la loi étrangère n'est pas fixé par celle-ci en fonction des mêmes critères que ceux retenus par la loi du for.

(4) Tous ces points seront précisés, *infra*, n°s 300 et s.

de change (1), ou les législations anti-cartels. Prenons sur ce point l'exemple de la législation allemande, la loi française n'étant pas topique en la matière (2). Le paragraphe 98 alinéa 2 de la loi allemande sur les cartels du 27 juillet 1957 (3) prohibe toutes les restrictions à la concurrence qui exercent leurs effets sur le marché allemand, même lorsqu'elles ont pour origine un acte accompli à l'étranger (4). Il semble que l'élément de rattachement dont dépend l'application de la loi interne allemande, à savoir *l'effet exercé par la convention de cartel sur le marché économique du pays du for*, puisse être également utilisé pour déterminer l'application d'une législation anti-cartel d'un autre pays. On peut d'ailleurs remarquer que le législateur allemand s'était inspiré (5), pour édicter cette règle de conflit unilatérale, de la jurisprudence américaine relative à la législation anti-trust des Etats-Unis. Celle-ci a en effet étendu le domaine de la législation anti-trust du for (6) à toutes les conventions dont les effets se répercutaient sur le marché américain (7). Ce critère pourrait fort bien constituer l'élément de rattachement d'une règle de conflit relative aux législations anti-cartels (8).

(1) V. *infra*, n° 289.

(2) Il semble, en effet, que la loi française relative aux ententes économiques n'ait pas eu beaucoup d'applications même sur le plan interne (V. l'article 59 *bis*, Ord. 30 juin 1945, complété par le D., 9 août 1953 modifié par l'Ord. n° 67.835 du 28 septembre 1967). Sur le rôle en France de la Commission technique des ententes, v. CARABIBER, *Trusts, cartels et ententes — Législation et jurisprudence des principaux pays industriels de et la Communauté Economique Européenne*, Librairie générale Droit et Jurisprudence, 1963, 194 p.

(3) V. principalement Ivo SCHWARTZ, *Deutsches internationales Kartellrecht*, 1962.

(4) V. ZWEIGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965, 656 et s.

(5) V. ZWEIGERT, *op cit*, p. 656 et 657.

(6) Cette législation a une importance considérable aux Etats-Unis. Ainsi pour M. VAN HECKE (cours cité *infra*, p. 263) : « beaucoup plus qu'une législation de police économique, le droit anti-trust est devenu un des fondements de la structure sociale américaine ».

(7) V. par exemple, *United States/Aluminium Co of America* 48 F 2d. 416 (L'arrêt annule une convention passée à l'étranger entre six sociétés étrangères, destinée à réglementer la production d'aluminium de celles-ci, en raison du fait que les exportations vers les Etats-Unis étaient couvertes par ce cartel). Pour une application encore plus large de la législation américaine, v. *United States/General Electric Co* 82 F supp. 753. (Bien que les exportations à destination des Etats-Unis aient été exclues de la convention de cartel conclue entre diverses sociétés, l'illicéité de la convention est retenue parce que, même si elle n'avait pas d'effet direct aux Etats-Unis, elle avait indirectement pour effet de renforcer le monopole de *General Electric* sur le marché américain). V. sur l'étendue de la législation anti-trust des Etats-Unis, notamment, car la littérature est trop abondante pour être citée, G. VAN HECKE, « Le droit anti-trust : aspects comparatifs internationaux », *Rec. Cours La Haye*, 1962, vol. 106, t. II, p. 257 à 356 ; PLAISANT « Les ententes économiques en droit international », *Etudes de droit contemporain*, Sirey, 1959, p. 325 et s. ; MEZGER, V° *Pratiques restrictives de la concurrence*, in *Rép. Dalloz dr. int.* et l'importante bibliographie citée.

(8) Même à l'intérieur des pays du Marché Commun, une telle règle de conflit

Si les critères d'application des lois de police du for permettent de fournir des critères de rattachement des lois de police étrangères, et qu'ainsi, la bilatéralisation des dispositions du for constitue un procédé légitime de rattachement des lois de police étrangères, on pourrait concevoir que cette technique ne donne des solutions appropriées que lorsque les *mêmes critères* d'application sont retenus par le for et par la loi étrangère elle-même.

289. — En effet, la technique proposée pourrait sous-entendre que la loi de police du for et la loi de police étrangère aient exactement le *même domaine d'application* (1). C'est, semble-t-il, l'opinion de M. Graulich. Celui-ci admet en effet que la bilatéralisation des règles d'application immédiate est techniquement possible, mais il reconnaît que c'est « une opération purement conceptuelle » (2). « Il faut supposer — écrit-il (3) — pour proclamer la compétence du droit étranger que la loi étrangère a un contenu similaire qui implique nécessairement une sphère d'application identique ».

Cependant, à notre avis, la légitimité de l'utilisation des critères de rattachement de la loi du for n'est pas conditionnée par une identité des sphères d'application de la loi du for et de la loi étrangère. Ne serait-ce que parce que c'est chose courante en droit international privé, où la divergence des qualifications ou celle des rattachements sont de nature à entraîner pour une loi donnée, un champ d'application variable. Deux autres considérations seraient peut-être plus pertinentes : d'une part le fait que les critères utilisés par le for sont suffisamment variés pour ne pas conduire à des solutions incohérentes (4), et d'autre part, le fait que les critères d'application des lois de police sont en définitive très semblables dans la plupart des systèmes juridiques. Ainsi les législations de change prennent-elles assez généralement comme critères d'application, le point de départ ou d'arrivée des opérations de change dans le « pays-législateur », critère qui est lui-même souvent lié à la résidence sur ce territoire du débiteur ou du créancier de l'opération. Nous avons vu également que le critère retenu par le législateur allemand pour fixer le domaine d'application de la loi allemande anti-cartel était inspiré des solutions de la jurisprudence

n'est pas superflue (cf. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, cité *infra* n° 330). Cependant il faut bien reconnaître, qu'en toutes hypothèses, les objections « traditionnelles » adressées à l'applicabilité et au rattachement des lois de police étrangères trouvent, en cette matière, un terrain d'élection (v. sur ce point VAN HECKE, Cours préc., p. 329 et s.). Au contraire, dans un sens particulièrement favorable à l'élaboration d'une règle de conflit relative aux lois anti-cartels ZWEIFERT, article précité, *Rev. crit.*, 1965, p. 656 et s.

(1) Puisque leur application résulterait des mêmes critères.

(2) GRAULICH, article préc. p. 638.

(3) même référence.

(4) V. cependant la réserve faite *infra*, n° 290 et s., lorsque le for retient des *critères alternatifs*.

américaine relative au champ d'application de la législation anti-trust des Etats-Unis.

C'est pourquoi une sphère d'application fondamentalement différente de la loi du for et de la loi étrangère qui résulterait de critères d'application très différents dans ces systèmes paraît peu vraisemblable. Au demeurant, s'il s'avérait que le critère utilisé donne compétence à une législation qui, en définitive ne vise pas la situation, l'interprète serait en droit de ne pas l'appliquer (1).

290. — En revanche, lorsque les *critères* d'application de la loi du for sont *alternatifs*, leur utilisation peut, à première vue, ne pas donner de solutions satisfaisantes. Prenons l'exemple de la loi française du 18 juin 1966, relative au transport par mer de marchandises (2). En vertu de l'article 16 alinéa 1, celle-ci est applicable dès que le port de départ ou celui de destination est situé en France. *Comment bilatéraliser une telle disposition ?* A supposer que les ports de départ et de destination ne soient pas situés dans le même pays (3), comment choisir entre la loi du port de départ et celle du port de destination (4) ? Il n'y a, *a priori*, aucune raison d'exercer une préférence dans un sens ou dans un autre ; tout au plus, la règle française pourrait-elle donner l'indication que la situation des ports de départ et destination peuvent être des indices importants de localisation, mais la prédominance de l'un ou l'autre devrait être confortée par des indices supplémentaires de rattachement. L'article 16 alinéa 1 de la loi de 1966 ne pourrait donc être bilatéralisée au sens strict (5). Mais, au risque de paraître paradoxale, cela ne nous paraît pas très fâcheux. En effet, même si les dispositions de l'article 16 confèrent à la loi française un domaine certain plus étendu que celui qui résulterait du jeu d'une règle de conflit ordinaire, même s'il était démontré qu'il en a été ainsi fait pour favoriser les objectifs économiques de la France dans la conquête du marché des transports maritimes, dans la mesure où le désir de se voir appliquer le régime du droit français inciterait les expéditeurs à embarquer leurs marchandises en France, le caractère de loi de police de l'ensemble de la loi de 1966 n'est pas évident (6).

(1) Nous renvoyons sur ce point aux développements concernant la limite de l'applicabilité des lois de police étrangères, lorsque la situation n'entre pas dans le champ d'application de la législation de police, *supra*, n° 235 et s.

(2) V. *supra*, n° 253 et s.

(3) Si les ports de départ et destination sont situés dans le même pays, le transport pourrait cependant avoir un caractère international, (v. sur cette notion R. RODIÈRE, *Traité général de Droit maritime*, Dalloz 1968, t. II, n° 733 bis). Selon le Doyen Rodière, la règle de l'article 16 al. 1 ne pourrait pas être transposée, parce qu'il édicte une règle qui ne vise pas cette situation, (*op. cit.*, n° 794, p. 439).

(4) V. RODIÈRE, *op. cit.*, n° 794.

(5) V. dans ce sens R. RODIÈRE, *op. cit.*, n° 794.

(6) V. d'ailleurs les réserves de M. Rodière sur le procédé utilisé par le législateur français nos 793 et s. (v. *supra* note 4 p. 223).

291. — Il n'est cependant pas inintéressant de signaler la position adoptée aux *Pays-Bas* par le tribunal de Rotterdam à l'égard d'un texte assez proche (1), par le procédé utilisé, de la loi française de 1966. Cette juridiction, en effet, depuis un certain nombre d'années, *bilatéralise la règle de l'article 517 d)* du Code de commerce néerlandais (2). C'est-à-dire que lorsque la matière fait partie de celles qui sont visées par les articles 468 à 480 du Code de commerce néerlandais, auxquels l'article 517 d) confère un domaine d'application nécessaire (3), et si, le litige concerne un transport maritime international entre des *ports situés à l'étranger* (4), le tribunal de Rotterdam fait application de la loi en vigueur au *port de départ* (5).

Mais à vrai dire, la « bilatéralisation » à laquelle procède le tribunal de Rotterdam s'explique si on considère les différences qui existent entre l'article 517 d) et l'article 16 alinéa 1 de la loi française de 1966. Ce n'est pas, en effet, tout le contrat de transport mais certaines matières, qui se trouvent soumises à la loi néerlandaise. Et en particulier, en ce qui concerne les clauses d'exonération de responsabilité qui ont fait l'objet de ces décisions, l'article 517 d) les autorise, même si le port de destination est situé aux Pays-Bas, dès lors que *la loi du port de départ* en admet la validité. Il en résulte que, dès que la loi du port de départ est permissive, la loi néerlandaise n'est plus d'application nécessaire : ce qui revient à dire qu'un *seul élément* de rattachement est décisif, le port de départ du transport (6). Or dans la mesure où il n'existe qu'un critère de rattachement, la bilatéralisation ne se heurte à aucun obstacle.

Mais à la réflexion, peut-on encore parler, en l'espèce, de « bilatéralisation » au sens où nous l'entendions précédemment, puisqu'il s'avère que, déjà dans le système du for, le critère retenu ne conduit pas à l'application de la loi du for mais au contraire à une loi étrangère ? Mais dans un autre sens, on peut considérer que c'est une bilatéralisation, car il s'agit bien d'une règle spéciale du for qui fait dépendre la validité de la clause de responsabilité de la loi du port

(1) Des différences entre ces textes apparaîtront cependant, *infra*.

(2) Pour cette interprétation, v. les auteurs cités *infra* note 5.

(3) Ce, lorsque le transport se fait en provenance ou à destination des Pays-Bas.

(4) C'est-à-dire lorsque la loi néerlandaise n'est pas nécessairement applicable. (Rappelons que les Pays-Bas ont adhéré à la Convention de Bruxelles en 1957).

(5) Dans ce sens notamment, Trib. Rotterdam, 24 juin 1949, N. Y. 1950.538, Trib. Rotterdam, 23 avril 1963, N. Y. 1963.458. V. sur cette jurisprudence, STRUYCKEN, *Rev. crit.*, 1967.522, note sous Cass., Pays-Bas, 13 mai 1966 ; DEELEN *Nederlands Tijdschrift voor International Rechl*, 1961.391 ; de WINTER, note in *Nederlands Juristenblad*, 1966.933.

(6) C'est également l'élément qui aura dicté la solution, même si la loi du port de départ est prohibitive. On en arrive ainsi à la conclusion surprenante qu'en matière de clause de responsabilité, la loi néerlandaise n'est pas d'application nécessaire. Néanmoins, il faut remarquer que la solution est différente de celle qu'aurait donné la *règle de conflit normale*, puisque c'est alors la *loi du contrat* qui aurait été compétente pour apprécier la validité de la clause.

de départ, alors que c'est normalement la loi applicable au contrat qui en décide (1). Il semble que le procédé ait été condamné (2) par la Cour de cassation néerlandaise dans son arrêt du 13 mai 1966 (3), puisqu'elle écarte la compétence de la loi belge du port de départ, pour revenir à l'application de la loi néerlandaise choisie dans le connaissance par les parties (4).

Le fondement de cette solution (5) comme la conclusion adoptée relativement à la bilatéralisation de l'article 16 alinéa 1 de la loi de 1966, convergent dans le sens de *l'inutilité de bilatéraliser* les dispositions particulières du for en matière de transport maritime, parce que précisément les raisons qui nous ont conduit à déterminer une règle de rattachement des lois de police étrangères n'existent pas en l'espèce (6). Il en résulte qu'ici l'objection selon laquelle la bilatéralisation des « solutions » du for serait impossible lorsque le for retient un critère de rattachement alternatif n'a plus d'objet.

292. — Néanmoins si c'était le cas pour une véritable disposition de police, il semble que cela ne doive pas nécessairement conduire à des solutions incohérentes. En effet, si les deux critères conduisent à la désignation de deux lois de police différentes mais qui visent également la situation, elles seront appliquées concurremment. Si un seul de ces critères donne une solution positive, c'est évidemment celui qui sera retenu. En vérité, il semble que ce soit là une hypothèse d'école, aussi est-il préférable de rechercher maintenant si dans une hypothèse plus vraisemblable, la légitimité du procédé proposé pour parvenir à un rattachement des lois de police étrangères se confirme, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une *loi de police étrangère qui n'entre pas dans la notion de loi de police du for*.

293. — b) A priori, le procédé de « bilatéralisation » (7) ne paraît être utilisable que lorsqu'il existe dans le système juridique du for des dispositions qui présentent le caractère de lois de police. S'il n'en existe pas, en effet, comment *d'un point de vue technique*, trouver les éléments de rattachement qui pourraient conduire à la désignation d'une loi de police étrangère ? — Et ici, les mérites d'une

(1) V. *supra*, n° 57 et s.

(2) Dans ce sens STRUYCKEN, note *Rev. crit.*, 1967.527.

(3) Hoge Raad, 13 mai 1966, *Rev. crit.*, 1967.522, note Struycken.

(4) V. les motifs de l'arrêt, *supra* n° 268.

(5) Rappelons que le Hoge Raad a refusé de tenir compte de la loi belge parce que les intérêts de la Belgique n'étaient pas suffisamment concernés par son application, (v. *supra* n° 268).

(6) Ce qui revient à dire que le procédé utilisé par le législateur n'est pas légitime en l'occurrence.

(7) Au demeurant, parler ici de « bilatéralisation » n'a pas de sens, puisque précisément le for ignore la notion de loi de police, néanmoins, nous préférons utiliser cette expression en tant qu'elle illustre un procédé général de solution, même si elle comporte comme tout principe des exceptions.

règle générale relative aux lois de police réapparaissent. Comment, d'un point de vue logique, admettre la compétence d'une loi étrangère qui ne résulterait pas de la qualification du for ? Ces deux objections ne sont pas cependant irréductibles.

294. — Selon la première objection (1), il résulterait de l'absence de dispositions de police dans le système du for, l'impossibilité de déterminer les critères de rattachement susceptibles d'entraîner la désignation d'une loi de police étrangère, puisqu'on a admis que les critères d'application de la loi du for devaient dans une large mesure être utilisés pour procéder au rattachement des lois de police étrangères. Cependant les critères de rattachement ne sont pas en nombre illimité, et il ne semble pas que de ce point de vue le problème soit insoluble.

La seconde objection peut paraître plus délicate à écarter. En effet, si le for ne contient pas de dispositions de police sur une matière donnée, c'est qu'en définitive, il ne reconnaît qu'une qualification contractuelle à cette matière. Le rattachement de la loi de police étrangère se heurterait, dans cette hypothèse, au principe de la *qualification lege fori*. Mais en réalité, par assimilation (2) à la méthode générale de qualification (3), ne peut-on dire que, si les caractères de loi de police découlent de la loi étrangère, la qualification de « loi de police » se fait selon les conceptions du for (4). C'est en effet, en fonction de la notion du for de loi de police qu'on reconnaîtra cette qualité à une loi étrangère. Le fait que le for ignore la notion de loi de police dans une hypothèse donnée ne semble pas s'opposer au rattachement de la loi de police étrangère.

Cette conclusion paraît évidente, car il serait en définitive peu logique d'admettre que les solutions du droit international privé puissent varier « du fait de l'existence ou de l'absence dans l'ordre juridique du for de données qui révèlent une conception particulière du législateur » (5). Au demeurant, il n'est pas exceptionnel que le droit international privé du for ait à opérer le rattachement sur le

(1) En réalité, la seconde objection lui est préalable, car il est évident que si, sur le plan des principes, on ne peut admettre la compétence d'une loi de police étrangère lorsque le for ignore en l'espèce la notion de loi de police, il devient inutile de réfuter l'objection qui tient à l'absence de critères de rattachement.

(2) L'assimilation semble possible bien qu'il ne s'agisse pas de qualifier une institution mais une loi. D'ailleurs, y a-t-il une véritable opposition entre la matière qui fait l'objet d'une règle de droit et la règle de droit elle-même ?

(3) En effet, « la qualification comporte ... deux phases : une phase préparatoire d'analyse selon la loi étrangère et une phase de jugement selon la loi du for » (BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 294).

(4) Pour reprendre la formule de Raape, citée par M. BATIFFOL (*op. cit.*, n° 294, p. 352), « L'Etat étranger caractérise ses règles, l'Etat du for les classe ».

(5) DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury* 1960, t. I, p. 392 note 38.

plan international d'institutions que le droit interne ne connaît pas (1).

295. — Au terme de cette recherche, il apparaît que trois procédés sont utilisables pour parvenir à un rattachement des lois de police étrangères qui ne seraient pas désignées en même temps que le système juridique applicable au contrat. Sans doute avons-nous fait apparaître ce qui les distinguaient les uns des autres, mais ils ont en définitive le même fondement, la liberté d'interprétation, voire de création, du juge étatique sur le plan international. Aussi est-il nécessaire, pour que cette liberté ait un caractère normatif, de préciser maintenant les domaines respectifs — ou le domaine — des lois de police et de la loi du contrat.

SECTION II

LE DOMAINE RESPECTIF DES LOIS DE POLICE ET DE LA LOI DU CONTRAT

296. — Si diverses considérations (2) ont démontré la nécessité de dégager l'existence d'une catégorie de lois soumises à un rattachement particulier, il n'en demeure pas moins qu'une coordination de ces rattachements avec la loi du contrat, à laquelle donne compétence la règle de conflit relative au contrat, est nécessaire et qu'elle comporte de sérieuses difficultés.

Il serait, en effet, vain de croire qu'il suffit de délimiter, dès l'abord ce qui entre dans la catégorie « loi de police » et ce qui relève de la catégorie « domaine contractuel » pour soumettre respectivement ces matières au rattachement des lois de police ou à celui des contrats. On serait tenté de le croire *a priori*, puisque, si le for retient une qualification contractuelle dans une hypothèse donnée, c'est qu'il n'admet pas la qualification de lois de police (3), et vice versa. En

(1) Et pour n'en donner qu'un exemple, citons celui devenu classique depuis Bartin, de la « quarte du conjoint anglo-maltaise », cf. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 231.

(2) Nous ne les rappellerons pas ici, puisqu'elles ont été mises en évidence tout au long des développements précédents.

(3) Nous avons d'ailleurs estimé que même si la disposition de police étrangère n'entraînait pas dans la notion de police du for, son rattachement était néanmoins possible parce que la qualification de loi de police résultait des critères généraux du for (V. *supra*, n° 293 et 294). Si, sur le plan logique, cette extrapolation de la méthode de qualification nous a paru concevable, il nous paraît, en revanche, peu probable que le juge fasse abstraction de la qualification « contractuelle » de la *matière* pour lui préférer la qualification dispositions de « police » de la *loi*.

conséquence, il ne serait nullement besoin de coordonner les deux rattachements auxquels ces qualifications conduisent. Mais en vérité, cette démarche qui consiste à répartir les diverses matières entre les deux catégories pour déduire directement leur rattachement sur le plan international ne peut pas toujours être suivie. Non pas seulement parce qu'une telle délimitation serait forcément imprécise et approximative (1), faute d'avoir pu dégager un critère à toute épreuve de la notion de loi de police, mais en raison de la multiplicité des formes sous lesquelles les lois de police ont une incidence sur l'opération contractuelle.

297. — Sans doute, à l'égard de certaines matières, le problème des interférences entre les lois de police et la loi du contrat ne se pose-t-il pas. Leur réglementation bien qu'elle présuppose le plus souvent (2) l'existence d'un contrat a, en effet, un objet suffisamment distinct pour qu'elle n'ait pas de répercussions sur le contrat lui-même : c'est le cas des matières que l'on regroupe sous le vocable de « *conséquences légales* » du contrat (3) dont les exemples les plus topiques sont d'une part, la réparation des accidents du travail et d'autre part, la faculté pour la victime d'un préjudice d'intenter une action directe contre l'assureur de l'auteur du dommage (4). La même expression de « *conséquences légales* » peut d'ailleurs être retenue pour d'autres matières qui ne sont pas elles-mêmes sujettes à des interférences avec la loi du contrat. Tel paraît être le cas du droit de reprise du bailleur, ou du maintien dans les lieux du locataire après l'expiration du contrat de bail ou encore des indemnités prévues par la loi en cas de rupture de la relation de travail (5).

Ces matières sont, semble-t-il, suffisamment distinctes du contrat pour que soit écartée la compétence de la loi du contrat et que seul, le rattachement des lois de police soit retenu.

Mais dans la majorité des cas, il est impossible de s'en tenir au *rattachement unique* des lois de police. La délimitation des domaines respectifs des lois de police et de la loi du contrat est alors plus

(1) Au demeurant, on peut se demander si la précision d'une telle délimitation est tellement souhaitable. Une suffisante approximation faciliterait la tâche du juge, sans pour autant l'enfermer dans un système qui ne pourrait plus évoluer. Ce même souci de souplesse d'adaptation conduit à douter de l'opportunité de codifications détaillées du droit international privé, telles qu'il en existe de plus en plus à l'étranger. (Pour les idées semblables, v. DE WINTER, « La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé », *Rev. crit.*, 1968.577 et s.).

(2) Nous verrons (*infra*, n° 302), en effet, que parfois l'existence d'un contrat valable n'est même pas nécessaire, notamment en matière de réparations des accidents du travail.

(3) V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 605.

(4) Des solutions différentes ont cependant été adoptées par la jurisprudence dans ces deux matières, v. *infra*, n°s 301 et s. et n°s 314 et s.

(5) V. *infra*, n°s 307 et s.

délicate. En effet, alors que la validité du contrat s'apprécie en principe au regard de la loi applicable au contrat (1), il résultera du rattachement des lois de police que celles-ci vont également exercer une influence sur la *validité du contrat*. De même, les lois de police vont-elles avoir une influence considérable sur l'exécution du contrat. Sans doute l'existence d'une loi de police au lieu d'exécution est-elle de nature à faire tomber la présomption de soumission à la loi du contrat qui a été admise relativement aux « actes d'exécution » (2). Mais en tout état de cause, il faudra néanmoins en tirer des conséquences, notamment sur le point de savoir si le *débiteur est libéré de ses obligations*, soit parce que, s'étant conformé aux prescriptions de la loi de police, il n'a pas exécuté ses obligations dans les conditions prévues au contrat ou ne les a même pas du tout exécutées, soit parce que la loi de police le décharge de son obligation d'exécution. Or il est également de principe que la libération du débiteur dépend de la loi applicable au contrat. Ainsi relativement à la validité du contrat et à la libération du débiteur existe-t-il un *double rattachement*, dont il faut déterminer les parts respectives.

298. — Sans doute la distinction des cas où il y a un rattachement unique de ceux où il y a un double rattachement peut-elle paraître superflue, puisqu'il s'agit dans les deux hypothèses de délimiter les domaines respectifs des lois de police et de la loi du contrat, mais elle a pour intérêt de mettre plus facilement en évidence la variété des modes d'intervention des lois de police sur l'opération contractuelle. C'est pourquoi la délimitation des domaines respectifs des lois de police et de la loi du contrat se fera en deux temps : d'abord, lorsque le caractère distinct de la matière permet de la soumettre au seul rattachement des lois de police (§ 1 *Rattachement unique*), ensuite lorsque le rattachement des lois de police se superpose au rattachement de la validité et de l'exécution du contrat à la loi du contrat (§ 2 *Dualité de rattachement*).

§ 1. — Rattachement unique

299. — Certaines matières, dont la réglementation répond à la notion de lois de police, ont un caractère suffisamment distinct du contrat, bien qu'elles en supposent parfois l'existence, pour être soumises au rattachement des lois de police. L'abandon souhaitable de la compétence de la loi du contrat ou le maintien des rattachements particuliers déjà admis par la jurisprudence ne se heurtent

(1) V. *supra*, n^{os} 16 et s.

(2) V. *supra*, n^{os} 113 et s.

même pas ici à l'objection fondamentale adressée au morcellement du contrat. C'est qu'en effet, il n'en résulte aucune atteinte à l'unité logique ou économique du contrat, alors qu'au contraire, le rattachement proposé a le mérite de donner compétence à une loi plus appropriée à gouverner ces matières (1) sur le plan international : c'est le cas des conséquences légales attachées à l'existence d'une « relation de travail » (2) (A), ou à l'existence d'un contrat d'assurance (B) ou encore à l'existence d'un contrat de bail, tel le droit de reprise du bailleur. Cependant, la faible portée de cette dernière matière sur le plan des conflits de lois (3) conduit à limiter notre propos aux deux premiers points.

A. — CONSÉQUENCES LÉGALES ATTACHÉES A L'EXISTENCE D'UNE RELATION DE TRAVAIL.

300. — Deux questions semblent ici devoir être soumises au rattachement des lois de police : d'une part *la réparation des accidents du travail*, d'autre part *les indemnisations forfaitaires* prévues par la loi au cas de rupture du contrat de travail, indemnisations qui ont toutes deux la caractéristique commune de ne pas résulter d'une responsabilité contractuelle. La jurisprudence française est loin d'en avoir admis le principe, du moins en matière d'accidents du travail, qu'elle a plutôt tendance, jusqu'à une période récente, à rattacher à la loi du contrat. Sur le second point, la position des tribunaux est moins tranchée, dans la mesure où la détermination de la loi applicable au contrat de travail est elle-même soumise à des incertitudes. Il conviendra de montrer la nécessité d'admettre un rattachement particulier de ces matières sur le plan international.

(1) Nous verrons, en effet, que la critique adressée par J. DONNEDIEU DE VABRES au morcellement des institutions ne vaut pas pour ces matières. « Sous prétexte — écrivait-il — de respecter la nature propre des diverses règles, on démembre l'institution en appliquant quelques uns de ses éléments à l'exclusion des autres ; on viole son unité organique ; ses multiples rouages étaient destinés à fonctionner ensemble, à corriger leur action respective par leur concours même ; on ne saurait s'arrêter à l'un d'eux sans fausser tout le système », in « Remarques sur la théorie du conflit de lois », J.C.P., 1943.I.375.

(2) Nous préférons employer dès maintenant cette expression, d'abord parce qu'elle tend de plus en plus à remplacer celle de contrat de travail, ensuite parce que la suite des développements montrera que certaines conséquences légales sont liées à l'existence d'une relation de travail et non à celle d'un contrat de travail valable.

(3) La jurisprudence considère en effet la matière sous l'angle de la jouissance des droits des étrangers en France (v. encore récemment Soc., 7 février 1967, *Bull. civ.*, IV, n° 138, p. 115). Il a été admis ici (v. *supra*, n° 254) que la condition des étrangers coïncidait avec la notion de loi de police ou de loi d'application immédiate. Néanmoins il paraît peu vraisemblable que le juge français soit conduit à reconnaître la compétence de la loi étrangère du lieu de situation du « local », objet de la location, en raison du fait qu'il est peu concevable que le juge saisi ne soit pas celui du pays où est situé le « local ».

1. La réparation des accidents du travail

301. — Malgré l'évolution du droit interne français relatif à la réparation des accidents du travail, qui est assurée depuis la loi du 30 octobre 1946 par les organismes de Sécurité Sociale, la jurisprudence a persisté à considérer sur le plan international, la réparation des accidents du travail comme une conséquence du contrat de travail, rattachée à la *loi applicable à ce contrat* (1), encore que la jurisprudence récente soit moins affirmative sur ce point (2). Ce rattachement ne correspond cependant plus à la qualification qui doit être donnée à la matière : le système de réparation adopté en France répondant incontestablement à la notion de *loi de police*.

Or à partir du moment où une institution se trouve radicalement transformée, tant dans son principe que dans ses modalités, et où le juge a l'obligation de qualifier *lege fori* — une *lex fori* contemporaine et non périmée — le rattachement de celle-ci en droit international privé doit être modifié (3). L'application du système français étant conditionnée par l'exécution du travail sur le terri-

(1) Soc., 9 décembre 1954, *Rev. crit.*, 1956.462 (la Cour de cassation énonce formellement que « la loi applicable à une maladie professionnelle ou à un accident du travail est celle qui régit le contrat de travail » ; Paris, 9 mars 1961 (loi française) et Paris, 9 octobre 1962 (loi indochinoise), *Rev. crit.*, 1964.467, note Mme Simon-Depitre ; Paris, 3 mars 1965 (loi guinéenne) et Seine, 11 février 1964 (quoique plus équivoque), *Rev. crit.*, 1965.556, note Mme Simon-Depitre.

(2) Un certain nombre de décisions, récentes font, en effet, application de la loi du lieu de survenance de l'accident (v. *infra*, n° 305), ou refusent d'appliquer la législation française des accidents du travail ou motif qu'il n'est pas établi que la victime puisse en bénéficier, Paris 5 novembre 1966 cassé par Crim., 18 février 1971, D., 1971.525, rapport Conseiller Malaval, (accident survenu en France) (v. *infra*, note 3, p. 272) et Soc., 7 janvier 1971 *Ribleur* inédit (accident survenu en Iran) (v. *infra*, note 5, p. 276). V. cependant encore en faveur de la loi du contrat, Civ. 1^{re} 21 avril 1971 (2^e espèce), J.C.P., 1971.II.16825, note Level, qui applique la loi française de 1898 à un accident survenu en Algérie tant que « loi applicable à la relation de travail à l'occasion de laquelle l'accident s'est produit ».

(3) La doctrine estime en général que ce rattachement est dépassé. V. notamment Mme SIMON-DEPITRE, « Droit du travail et conflits de lois devant le 2^e Congrès international du droit de travail », *Rev. crit.*, 1968.285 et s., et les notes précitées, *Rev. crit.*, 1965.561 et s., et *Rev. crit.*, 1964.475 et s. ; B. GOLDMAN, chron. *Clunet*, 1963.776 ; Pierre BOUREL, thèse préc., p. 167 et s. ; BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 605. Certains auteurs estiment cependant qu'un rattachement subsidiaire à la loi du contrat peut rester utile, lorsque le système français de réparation des accidents du travail ne joue pas (BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 605 ; Mme SIMON-DEPITRE, *Rev. crit.*, 1964.475 et s.) ; D'autres auteurs pensent que non seulement ce rattachement est dépassé, mais que la transformation de la matière doit entraîner une *exclusion des conflits de lois* (v. FREYRIA, « Sécurité sociale et droit international privé », *Rev. crit.*, 1956.409 et s. et plus nuancé, WIBAULT, « Le droit de la Sécurité sociale et la notion de conflits de lois », *Droit social*, 1965.318 et s.) Cf. LYON-CAEN, *Droit social européen*, Dalloz, 1969, n° 72 et s.

toire français (1), on est conduit à rattacher sur le plan international la matière des accidents du travail à la loi du lieu d'exécution du travail, ou plus exactement, à la loi du pays où se localise la relation de travail (2). Il conviendra donc dans un premier point de montrer que le caractère de loi de police du système français de réparation des accidents du travail est incompatible avec le rattachement adopté par la jurisprudence française (a), et dans un second point, de préciser le fondement du critère de rattachement proposé (b).

a) *Incompatibilité du rattachement à la loi du contrat avec le caractère de loi de police de la matière.*

302. — Le rattachement des accidents du travail à la loi du contrat de travail est incompatible avec le caractère de loi de police que présente en France actuellement le système de réparation de ces accidents.

La loi française, en effet, comme d'ailleurs un certain nombre de législations étrangères (3), a substitué à la responsabilité de l'employeur, un système de *réparation forfaitaire* (4) assurée par les Caisses de Sécurité sociale alimentées par des cotisations patronales et ouvrières, dans laquelle il paraît difficile de voir encore une conséquence du contrat de travail, alors même que la victime y a droit si le contrat est atteint de nullité (5) ou parfois en l'absence de tout contrat de travail. Ce système de réparation a désormais un fondement *légal* qui reflète une conception déterminée de rapports sociaux (6) et au second degré de l'organisation économique du marché français du travail, et qui présente de ce fait (7) le carac-

(1) Du moins en ce qui concerne l'immatriculation du travailleur à la Sécurité sociale, car le droit aux prestations est dissocié et lié à la résidence sur le territoire français.

(2) V. *infra*, n° 305 l'importance de cette précision qui permet de prendre en considération l'hypothèse où l'accident survient au cours d'un *détachement* à l'étranger du travailleur par son entreprise ou au cours d'une *mission*.

(3) En Italie et en Allemagne notamment. Pour le droit comparé, CATALDI *La previdenza sociale nelle legislazioni straniere*, Milano, 1953, p. 49 et s., et autres références in DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, Dalloz, 4^e éd., n° 178.

(4) La victime ne peut obtenir un complément d'indemnité selon le droit commun que si l'accident est imputable à la faute intentionnelle de l'employeur ou d'une personne à son service (art. 466 et 469, C. séc. soc.).

(5) Ceci depuis la loi du 1^{er} juillet 1938 dont les dispositions ont été reprises par la loi du 30 octobre 1946. NIBOYET (*Traité*, t. V., p. 178, n° 1439) estimait cependant que cette loi ne devait pas entraîner une modification de la qualification des accidents du travail, la responsabilité de l'employeur étant « un effet légal d'une sorte de contenu résiduel d'un contrat insuffisant pour valoir intégralement en tant que contrat de travail ».

(6) Dans ce sens, GOLDMANN, *Clunet*, 1963.776, obs. sous Paris, 9 octobre 1962. V. également FREYRIA, « Sécurité sociale et droit international privé », *Rev. crit.*, 1956.409 et s., sp. p. 417.

(7) On peut également noter le lien qui existe entre cette matière et les dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail, qui font partie de la « police du travail » (v. ROUAST et GIVORD, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*, n° 578).

tère d'une loi de police (1) dont l'application est liée à l'exécution du travail sur le territoire français. Ce caractère apparaît d'ailleurs dans une certaine mesure dans la jurisprudence française relative aux accidents du travail *survenus en France* : il n'est jamais question de l'application éventuelle d'une loi étrangère (2), du moins jusqu'à une espèce récente soumise à la Chambre criminelle de la Cour de Cassation le 18 février 1971 (3). Lorsque le litige présente des éléments d'extranéité, la solution est donnée en fonction de la jouissance, par les étrangers travaillant en France, des droits de Sécurité sociale (4).

303. — On peut, dès lors, s'étonner que la jurisprudence française n'ait pas tenu compte de cette transformation lorsque des éléments d'extranéité suffisants conduisaient à reconnaître un *caractère international* à la relation de travail (5). Aussi bien la nature de la réparation que son lien tenu avec le contrat, ne justifie plus un rattachement à la loi du contrat.

A la rigueur, un tel rattachement était-il concevable sous l'empire

(1) V., dans ce sens, ARMINJON, t. II, n° 121 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité contractuelle et délictuelle*, 4^e éd., t. III, n° 2236 note 1.

(2) En effet, jusqu'à l'arrêt du 18 février 1971 cité *infra*, à notre connaissance, lorsqu'un étranger était victime d'un accident du travail en France, la prise en considération d'une loi étrangère ne se présentait jamais. Était-ce parce que le travailleur a toujours intérêt à se prévaloir de la loi française, qui serait une loi particulièrement favorable, ou parce que le problème s'est toujours présenté dans des cas où le contrat de travail n'était pas soumis à une loi étrangère ? Ces deux raisons sont certainement valables, mais deux autres le sont davantage. D'une part, l'exécution du travail en France impose l'application de la loi française à titre de lois de police (sur l'impossibilité de la compétence d'une loi étrangère, v. FREYRIA, art. préc., *Rev. crit.*, 1956.448 et s.). D'autre part, il n'y a pas, dans ces hypothèses, « situation internationale » justifiant la mise en œuvre d'une règle de conflit, le seul élément d'extranéité étant la nationalité du travailleur. L'arrêt du 18 février cité *infra*, montre précisément qu'il y a lieu de faire jouer une règle de conflit, lorsqu'il y a d'autres éléments d'extranéité, notamment lorsque le lieu habituel du travail n'est pas en France où l'accident s'est produit.

(3) Crim., 18 février 1971, *Melhessel et Saud ben Jalwi*, D., 1971.525 rapport Conseiller Malaval, qui casse l'arrêt qui avait accordé réparation à la victime sur le fondement des art. 1382 et s. du C. civ., — en écartant l'article L. 466, Code de la sécurité sociale qui interdit le recours au droit commun de la responsabilité —, au seul motif que l'employeur étranger de la victime étrangère n'établissait pas que son préposé fût soumis du fait d'une Convention internationale à la législation française des accidents du travail.

(4) V. par exemple Soc., 20 mai 1963, *Bull. civ.*, 1963.IV, n° 329 ; Soc., 19 avril 1963, *Bull. civ.*, 1963.IV, n° 261 ; Soc., 25 juin 1964, *Bull. civ.*, 1964.IV., n° 564 — Sur cette question FREYRIA, *Rev. crit.*, 1956, p. 414 et s., (sous l'empire de la loi de 1898), et, p. 423 et s. (sous l'empire de la loi de 1946).

(5) Caractère international qui peut exister, que le travail soit effectué à l'étranger ou même en France, s'il y a d'autres éléments d'extranéité que la seule nationalité du travailleur, notamment lorsque la France n'est pas le lieu habituel du travail. Cf. la remarque faite *supra*, note 2.

de la loi du 9 avril 1898 (1), qui avait simplement modifié le fondement de la responsabilité de l'employeur en substituant à l'exigence d'une faute la notion de risque professionnel (2), mais il ne l'est plus actuellement. Or curieusement le principe de la compétence de la loi du contrat paraît même *s'être affermi* après la transformation radicale de la matière. En effet alors qu'antérieurement à la loi de 1946, ce principe conduisait généralement à l'application de la loi française de 1898 (3) dont la compétence était retenue, semble-t-il, par faveur pour le travailleur de nationalité française, même lorsque le travail s'effectuait à l'étranger, depuis 1946, le même principe a entraîné l'application de lois étrangères (4).

Or dans bien des cas, ce rattachement à la loi étrangère du contrat a eu pour effet de priver la victime de l'accident du travail de toute réparation (5). Ce n'est donc pas par mesure de faveur — ce qui ne serait pas davantage le fondement d'un principe de solution — que la jurisprudence retient encore dans ces espèces la compétence de la loi du contrat, compétence qui est même étendue à la détermination du tribunal compétent en matière d'accidents du travail (6).

304. — Ainsi par le principe de la compétence de la loi du contrat, la jurisprudence reconnaît-elle aux parties la *faculté de choisir* le système de réparation des accidents du travail, ce qui paraît non seulement incompatible avec la nature de la réparation en droit interne mais également impossible en raison des liens du système de réparation avec le lieu d'exécution du travail. De ce

(1) V. en faveur de la loi du contrat de travail, Cass. Ch. Réunies, 26 mai 1921, S., 1923.1.33, note Sachet ; Req. 16 novembre 1903, *Clunet*, 1904.353 ; Nancy, 10 février 1906, *Clunet*, 1907.1056. Un certain nombre d'auteurs étaient favorables à la compétence de la loi du contrat, v. FERROUD, « Les conflits de lois en matière d'accidents du travail », *Clunet*, 1912.385 et s. ; ROUAST « Les conflits des lois relatifs au contrat de travail », *Mélanges Pillet*, 1929, t. I. 195 et s., p. 217 ; BARTIN, *Principes*, t. II, par. 359 et s. ; NIBOYET, t. V, n° 1439 et 1440 ; J. DONNEDIEU DE VABRES, thèse précitée, p. 215 (cumulativement avec la loi du lieu de l'accident). — Mais d'autres rattachements étaient proposés : *loi du lieu de l'accident* ou *loi du siège de l'entreprise*, (cf. sur ce point l'article précité de Mme SIMON-DEPITRE, *Rev. crit.*, 1968, p. 312 et s., et CONFORTI *L'esecuzione...* p. 239 et s.).

(2) De nombreuses législations étrangères avaient adopté à la même époque des systèmes semblables. V. sur ce point, RABEL, t. III, p. 205 et s.

(3) V. par exemple Civ., 8 mai 1907, S., 1907.1.463 ; Civ., 10 mars 1913, S., 1913.1.307 ; Ch. réunies, 26 mai 1921, S., 1923.1.33 ; Paris, 16 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.701. — V. cependant, en faveur du caractère de loi de police et de sûreté de la loi de 1898, Amiens, 10 décembre 1913, S., 1923.34.

(4) Ceci lorsque l'accident s'était produit à l'étranger ; lorsque l'accident a lieu en France, v. *supra* notes 2 et 4 p. 272.

(5) V. notamment, Soc., 9 décembre 1954, *Rev. crit.*, 1956.462 ; Paris, 3 mars 1965, *Rev. crit.*, 1965.556, note Mme Simon-Depitre (la loi guinéenne — article 113 Code de sécurité sociale — du contrat n'accordait pas de réparation aux ayants droit étrangers de la victime lorsqu'ils ne résidaient pas sur le territoire guinéen au moment de l'accident).

(6) Seine, 22 février 1965, *Rev. crit.*, 1965.722, note Batiffol.

fait, on est conduit à adopter des solutions incohérentes. Ainsi la Cour de Paris, dans un arrêt du 9 mars 1961 (1), après avoir relevé un certain nombre d'indices qui contribuaient à localiser le contrat de travail en Indochine, retient néanmoins la compétence de la loi française, au motif que les parties auraient stipulé l'application de la législation française relative aux accidents du travail. Or le régime de la loi de 1946 n'étant applicable que lorsque le travail est exécuté en France, la Cour fait application d'une loi française abrogée..., la loi de 1898, laquelle ne comportait pas les mêmes exclusives (2). Le procédé se condamne de lui-même et il est nullement besoin d'insister.

La Cour de Paris aurait-elle eu un an plus tard une vue plus juste des choses ? En effet, bien qu'elle ait également retenu la compétence de la loi du contrat, — loi étrangère cette fois —, la Cour, dans un arrêt du 9 octobre 1962 (3) remarque que le caractère d'ordre public de la législation indochinoise (4) qui conduisait à l'application territoriale de celle-ci, se serait opposé à l'adoption conventionnelle du régime métropolitain. Ne serait-ce pas une timide amorce d'un rattachement des accidents du travail à la loi du lieu d'exécution du travail ?

L'éventualité d'une telle évolution, et peut-être même d'une évolution vers un rattachement des accidents du travail fondé sur une localisation de la relation du travail, apparaît dans des décisions plus récentes du Tribunal de grande instance de Paris (5) ou de la Cour de cassation (6), ce qui est le critère de rattachement qui répond le mieux aux particularités de la matière.

(1) Paris, 9 mars 1961, *Rev. crit.*, 1964.462, note Mme Simon-Depitre.

(2) La loi de 1898 ne contenait qu'une disposition de portée internationale : elle donnait compétence aux tribunaux français pour connaître des accidents de travail survenus aux Français à l'étranger.

(3) Paris, 9 octobre 1962, *Rev. crit.*, 1964.462, note Mme Simon-Depitre, *Clunet*, 1963.776, obs. B. G.

(4) On doit cependant remarquer que celle-ci résultait d'une adaptation de la réglementation française à l'Indochine en vertu de décrets pris par la France.

(5) Paris, 22 octobre 1968, *Rev. crit.*, 1969.455, note Mme Simon-Depitre, *Clunet*, 1969.930, obs. Mme Ribettes-Tillhet. Le tribunal retient la compétence de la loi algérienne au motif que la victime « ... travaillait en Algérie de manière habituelle et permanente au moment où l'accident s'est produit ». La loi algérienne est en l'occurrence la loi française du 9 avril 1898 en vigueur en Algérie avant l'indépendance et reconduite par une loi algérienne du 31 décembre 1962. Notons qu'en l'espèce, le tribunal écarte l'application de l'article 3 de la loi de 1898 limitant les prestations dues à la victime étrangère lorsque celle-ci cesse de résider sur le territoire, au motif que les Accords d'Evian accordaient aux Français en Algérie une égalité de traitement avec les nationaux algériens (comp. avec Civ., 8 juin 1971, cité *infra*, note 5, p. 275).

(6) Crim., 18 février 1971, *Methfessel et Saud ben Jalwi*, D., 1971.525, rapp. Malaval, casse pour insuffisance de motifs un arrêt qui avait refusé de faire application de la législation française des accidents du travail à un accident survenu à un étranger en France (l'arrêt avait néanmoins appliqué l'article L. 466 du Code de sécurité sociale). L'énoncé des éléments que l'arrêt aurait dû

b) *Le rattachement des accidents du travail à la loi du lieu où se localise la relation de travail.*

305. — Diverses considérations conduisent à rattacher la réparation des accidents du travail à la loi du lieu où se localise la relation de travail, quel que soit d'ailleurs le lieu de survenance de l'accident.

La *localisation de l'accident lui-même* ne peut en effet constituer à titre principal un critère de rattachement (1), bien qu'elle coïncide généralement avec le lieu d'exécution du travail, mais elle n'est qu'un facteur secondaire et casuel lorsque l'accident se produit au cours d'une courte mission ou même d'un détachement à l'étranger, et l'on peut douter que, dans une telle hypothèse, l'application de la loi du lieu de survenance de l'accident conduise à une réparation effective de celui-ci. Des décisions récentes de la Cour de cassation ont paru cependant en retenir le principe, ainsi notamment dans un arrêt du 11 mai 1962 (2). La Cour rejette, en effet, la thèse soutenue au pourvoi en faveur de la compétence de la loi marocaine du contrat, pour appliquer la loi du lieu où s'était produit l'accident. Mais en réalité, telle ne paraît pas être la portée de la décision. L'accident s'était produit en Algérie, où était en vigueur la loi française de 1898. Dès lors, la Cour a, comme elle le fait pour des accidents du travail survenus en France, procédé par délimitation de la loi du for (3). C'est sans doute en partie le fondement des dernières décisions qui retiennent, à propos d'accidents du travail survenus en Algérie, la compétence de la loi de 1898 (4) et même, par une certaine habitude de pensée, celle de la « version algérienne » de cette loi (5). Bien que

relever pour permettre le contrôle de la Cour de cassation est indicatif de la volonté de localiser la relation de travail : « ... la nationalité et la résidence de la victime ... les lieux de conclusion et d'exécution habituelle du contrat de travail ainsi que les conditions dans lesquelles, lors de l'accident, l'exécution de ce contrat se poursuivait sur le territoire français ».

(1) La solution est cependant retenue en Grande-Bretagne par suite d'une qualification délictuelle de la matière, concurremment d'ailleurs avec *lex fori* (v. sur ce point, Mme SIMON-DEPITRE, art. préc., *Rev. crit.*, 1958.314).

(2) Soc., 11 mai 1962, *Bull. civ.*, IV, p. 341, n° 430 ; *Clunet*, 1963.772, obs. B. Goldman.

(3) Dans ce sens également, Mme SIMON-DEPITRE, *Rev. crit.*, 1964.475.

(4) Civ., 1^{re}, 21 avril 1971 (1^{re} espèce), J.C.P., 1971.II.16825, note Level. — Cf. cependant l'arrêt rendu le même jour, qui retient la compétence de la loi de 1898 au titre de loi applicable à la relation de travail (même référence, 2^e espèce).

(5) Civ., 1^{re}, 8 juin 1971, D., 1971, Somm. 177, qui applique l'ancienne loi de 1898 maintenue en vigueur en Algérie après l'indépendance de celle-ci, par la loi algérienne du 31 décembre 1962. Ici l'exclusion des prestations à la victime étrangère non résidente sur le territoire est écartée au motif que les juges n'ont pas à rechercher si dans la version algérienne, l'expression « territoire français » a été remplacée par celle de « territoire algérien » (cf. *supra* note 5, p. 274, la référence faite par le tribunal de Paris aux Accords d'Evian pour parvenir au même résultat).

de telles solutions conduisent à penser que le critère de rattachement à la loi du for est le lieu de survenance de l'accident, critère qu'il conviendrait alors de transposer pour opérer le rattachement des lois étrangères, elles font apparaître au contraire l'importance de la *localisation de la relation de travail*, lorsque l'accident se produit au lieu habituel d'exécution du travail.

La réparation étant la contrepartie de l'apport fait par le travailleur à la vie économique du pays où celle-ci se localise (1), le rattachement de la réparation des accidents du travail sur le plan international doit se faire à la *loi du lieu d'exécution du travail* (2), lorsque la relation de travail se localise à ce point unique (3), ou à la *loi du siège de l'entreprise* (4), lorsque le travailleur est « détaché » dans un ou plusieurs pays étrangers (5). Ces deux rattachements correspondent en effet à la nature de la réparation des accidents, que celle-ci d'ailleurs incombe encore à l'employeur dans le système désigné ou à des organismes de sécurité sociale. Dans ce dernier cas, ils peuvent permettre une solution plus efficace, dans la mesure où précisément c'est dans le pays ainsi déterminé que le travailleur aura été immatriculé, immatriculation qui lui donnera droit à des prestations.

(1) Le versement de prestations de sécurité sociale entraînant de lourdes charges pour les économies nationales, il serait dès lors normal que la réparation incombe au pays qui tire profit de l'activité du travailleur.

(2) Dans ce sens, sur le fondement de l'article 25 al. 2 des dispositions préliminaires du Code civil italien, CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 242 et s. — Ce rattachement paraît s'imposer dans les pays du Marché commun en vertu de l'article 12 du règlement n° 3 sur la Sécurité sociale de travailleurs migrants (cf. WIBAULT, art. préc., *Droit social*, 1965.318 et s.) et à partir du 1^{er} février 1972 par l'article 13 du nouveau règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 (*J.O.C.E.*, n° L. 149 du 5 juillet 1971, *J.C.P.*, 1971.III.38092).

(3) V. en ce sens la décision citée *supra* note 5, p. 274.

(4) Sur la prise en considération de ces deux points de rattachement, v. GOLDMAN, obs. *Clunet*, 1963.772 et Mme SIMON-DEPITRE, *Rev. crit.*, 1964.476.

(5) Implicitement en ce sens, l'arrêt *Ribleur* de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 7 janvier 1971 (inédit), qui refuse de faire bénéficier des prestations de la Sécurité sociale française, la victime française d'un accident du travail survenu en Iran, au motif qu'elle ne pouvait être considérée comme détachée en Iran par la Société française de l'hôtel Négresco qui l'avait embauchée, mais dans le seul but de travailler dans un hôtel d'Ispahan. On peut noter la curieuse opposition de cette solution avec l'arrêt *Manpower* de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 décembre 1970 (D., 1971.255, cf. chronique LYON-CAEN, *Les sociétés de travail temporaire en France et dans la Communauté économique européenne*, D., 1971, chron. 93), où le travailleur, embauché pour une seule courte mission de trois jours en Allemagne au cours de laquelle il avait été victime d'un accident du travail, est considéré comme « détaché » au sens de l'article 3 par. 1 a) du règlement n° 3 relatif aux travailleurs migrants (v. *supra*, note 5), article qui prévoit le rattachement aux lois sociales du siège de l'entreprise du travailleur détaché pour une période inférieure à douze mois, disposition reprise dans le nouveau règlement n° 1408/71, article 14 I a.i. La solution conduit à accroître le domaine de cet article, et peut à cet égard être approuvée car elle évite les injustices dont serait victime le travailleur, mais il n'est pas certain qu'elle corresponde à une analyse exacte du rapport de l'entreprise de recrutement d'interimaires avec les interimaire eux-mêmes. — Comp. avec la jurisprudence relative aux indemnités de licenciement du travailleur détaché, *infra*, n° 310.

306. — Mais on est contraint cependant, de constater que ce ne sera pas toujours le cas. Non pas parce que ces rattachements peuvent conduire à prononcer une condamnation contre un organisme public étranger (1), mais parce qu'on se heurtera parfois aux conditions de mise en œuvre de la loi ainsi désignée. En effet, bon nombre de législations comme la loi française exigent la *résidence* du travailleur ou de ses ayants droit sur le territoire (2). Aussi faute de remplir cette condition, la victime ou ses ayants droit risquent-ils d'être privés d'une indemnisation, et il peut dès lors paraître inutile de proposer un rattachement différent de celui qui paraissait si bien établi dans la jurisprudence française (3) puisqu'il n'est pas susceptible d'en combler plus efficacement les lacunes. Et il faut noter que la difficulté est plus grande en France du fait des règles de compétence juridictionnelle des articles 14 et 15 du Code civil (4), la victime ou ses ayants droit français pouvant saisir une juridiction sans rapport avec la localisation de la relation de travail.

En réalité, le recours à la seule technique des conflits de lois est ici insuffisante (5); le seul remède (6) peut être trouvé dans la

(1) On a pu en effet douter de la possibilité de condamner un organisme public étranger de sécurité sociale (v. Mme SIMON-DEPITRE, *Rev. crit.*, 1964.476). Mais il faudrait pour ce faire qu'il jouisse d'une immunité de juridiction, ce qui ne paraît pas devoir être le cas. La difficulté sera plutôt celle de faire exécuter le jugement à l'étranger. Cf. également la thèse soutenue par CONFORTI, *L'esecuzione...*, p. 242. L'auteur, bien que favorable au rattachement à la loi du lieu d'exécution, estime que le juge italien ne pourrait reconnaître les effets directs d'une législation étrangère lorsque le fonctionnement de l'institution a un caractère étatique. Selon lui, il ne pourrait en admettre que les *effets réflexes*, c'est-à-dire l'impossibilité pour le travailleur de réclamer réparation du dommage à l'employeur. C'est déplorable sur le plan des principes. Mais il faut bien reconnaître que cela peut correspondre à la réalité. C'est qu'en effet si la réparation n'a pas été assurée par les organismes de sécurité sociale compétents, c'est que la victime n'y avait pas droit. On rejoint ici la remarque suivante.

(2) V. notamment l'article 461 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale français (condition également posée dans l'art. 3 de la loi de 1898) et l'article 113 du Code guinéen de la sécurité sociale.

(3) D'autant plus que dans la plupart des décisions citées *supra* n° 303, la loi du contrat était également celle du lieu d'exécution du travail (Paris, 3 mars 1965, Paris, 9 octobre 1962, Seine, 22 février 1965).

(4) D'autant plus que la Cour a estimé dans différentes espèces que le travailleur ne pouvait y renoncer, Soc., 18 octobre 1967 (2 arrêts) et 19 octobre 1967, J.C.P., 1967.II.15293, note Lyon-Caen; *Rev. crit.*, 1968.490, note H. Gaudemet-Tallon. *Contra*, Civ., 19 janvier 1968, J.C.P., 1968.II.15451 (v. sur ces décisions *supra* n° 83).

(5) Néanmoins, malgré ces difficultés, le rattachement proposé outre qu'il répond sur le plan logique à la nature de la réparation des accidents du travail, peut présenter un intérêt lorsque la victime a reçu une indemnisation forfaitaire selon la loi compétente, et qu'elle réclame en France un complément d'indemnisation. — Sur une hypothèse semblable, v. l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis du 25 mai 1953, *Lauritzen/Larsen*, *Rev. crit.*, 1954.166, note Bonassies. La Cour refuse le complément d'indemnité demandé par un marin victime d'un accident du travail dans le port de La Havane, alors que celui-ci avait été indemnisé selon la loi danoise. La Cour a estimé que les différents points de contact du rapport litigieux avec le système juridique danois conduisaient à reconnaître la seule compétence du droit danois.

(6) Aux Etats-Unis, où l'application des *Workmen's Compensation Acts*

conclusion des Conventions entre Etats (1) qui permettraient alors une collaboration plus étroite et une meilleure coordination des différents systèmes (2).

2. Indemnisations forfaitaires fondées sur la rupture du contrat de travail

307. — La détermination de la loi applicable aux indemnisations dues au salarié du fait de la rupture du contrat de travail par l'employeur (3), — indemnités de « délai-congé » (4), indemnités de licenciement (5), indemnités des voyageurs de commerce (6) —,

pose des difficultés considérables dans les conflits inter-étatiques, on a estimé que seule une *loi uniforme* pouvait y remédier. Cf. EWANS, « Is a Uniform Law Affecting the Application of Workmen's Compensation Claims Desirable ? », *Albany Law Review*, t. 21, p. 171 et s. V. sur le problème, DE NOVA, art. préc., *Mélanges Maury*, t. I, p. 377 et s.

(1) De nombreuses Conventions ont en effet été conclues, à part les traités multilatéraux (notamment la Convention de Genève du 10 juin 1925 sur les accidents du travail assurant une égalité de traitement entre nationaux et étrangers sans condition de résidence), en matière de Sécurité sociale qu'il s'agisse de traités bilatéraux ou de dispositions prises dans le cadre de la C.E.E. Cf. DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, Dalloz, 1971, 4^e éd., n^{os} 387 et s. et l'annexe du *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Sécurité sociale*. — Il faut cependant remarquer que les règlements européens 3 et 4 sur la Sécurité sociale des travailleurs migrants contiennent des principes de solution de conflit de lois (v. notamment en matière d'accidents du travail, les art. 13 al. 3, et 39 al. 7), le critère de rattachement le plus souvent admis étant le lieu d'exécution du travail. V. WIBAULT, art. préc., *Droit social*, 1965.318 et s. ; LYON-CAEN, note *Rev. crit.*, 1966.88 sous Soc., 16 février 1965 ; M. VOIRIN, « La Sécurité sociale des migrants et les droits de l'homme. Le droit communautaire au carrefour du droit international et du droit interne », *Rev. trim. dr. eur.*, 1968.720 et s. Adde, le nouveau règlement en vigueur après le 1^{er} février 1972, cité *supra*, note 2, p. 276. — Sur l'obligation pour le juge d'appliquer les règlements communautaires, v. Crim., 18 février 1971, D., 1971.525.

(2) V. notamment l'article 61-4^o du règlement n^o 1408/71 lorsque l'Etat compétent n'a pas de sécurité sociale obligatoire et l'article 52 destiné à remédier à l'absence de résidence sur l'Etat compétent (v. *supra*, p. 277).

(3) Il s'agit ici de la rupture de contrats à durée indéterminée, car il ne fait pas de doute que la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée entraîne une responsabilité contractuelle.

(4) Sur les modifications apportées en cette matière par les Ordonnances n^{os} 67-581 et n^o 67-582 du 13 juillet 1967, cf. les chroniques citées dans la note suivante.

(5) Jusqu'aux Ordonnances du 13 juillet 1967, seules certaines catégories de travailleurs avaient droit à une indemnité spéciale de congédiement en vertu de la loi ou de Conventions collectives. Les Ordonnances du 13 juillet 1967 ont étendu l'attribution d'une indemnité légale de licenciement à tout travailleur ayant une ancienneté d'au moins deux ans dans l'entreprise. — V. Jacques AUDINET, « Les nouveaux droits du salarié licencié (commentaire de l'Ordonnance n^o 67-581 du 13 juillet 1967), J.C.P., 1967.I.2116 et J.C.P., 1968.I.2137 (commentaire de la circulaire du 1^{er} septembre 1967).

(6) Indemnités prévues par la loi du 18 juillet 1937, puis par la loi du 7 mars 1957 (statut des V.R.P.).

se présente sous un aspect différent du problème précédent. En effet dans ce cas, il serait inexact de dire que ces indemnisations ont un caractère distinct du contrat, puisque précisément elles trouvent leur cause dans la rupture du contrat. Mais dans la mesure où elles ne constituent pas la réparation d'une responsabilité contractuelle, aussi bien par leur mode d'attribution que par leur montant, et où elles sont imposées *par la loi* en fonction d'une conception particulière de la protection sociale à accorder au travailleur et d'une compensation nécessaire de l'apport économique du salarié à l'entreprise (1), on peut se demander si un rattachement à la loi applicable au contrat de travail (2) n'est pas contraire aux objectifs poursuivis par le législateur et si un rattachement aux lois de police n'est pas préférable.

308. — La réponse dépend évidemment de *la position adoptée relativement à la loi applicable au contrat de travail*. Si on admet que les parties n'ont aucune faculté de choix et qu'en cette matière, il y a une compétence impérative de la loi du lieu d'exécution, le problème ne se pose pas ; il n'y aurait alors aucune raison de ne pas rattacher ces indemnités forfaitaires à la loi du contrat, applicable dans son entier à titre de loi de police.

Mais on sait qu'un tel rattachement impératif n'est pas souhaitable, ne serait-ce que parce que la compétence de la loi du lieu d'exécution ne s'impose pas de la même manière selon les diverses catégories de travailleurs et selon la durée du travail sur un territoire donné. De plus lorsque le travail est exécuté dans différents pays, ce critère de rattachement ne peut donner une solution satisfaisante. Aussi, malgré le caractère fortement impératif du droit du travail en droit interne, est-il préférable d'admettre que le contrat de travail est soumis au droit commun des contrats internationaux, c'est-à-dire reconnaître la faculté aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat, même si, par la force des choses, on est conduit à morceller le contrat par l'effet de rattachements aux lois de police (3).

(1) Ces indemnités seraient fondées sur l'idée que l'apport du salarié à l'entreprise n'a pas été intégralement compensé par ses salaires (v. sur ce point, Jacques AUDINET, Chron. préc., J.C.P., 1967.I.2116). Si l'on considère qu'il s'agit d'un *salaire différé*, on peut avec plus de difficultés nier la subsistance d'un élément contractuel.

(2) En ce qui concerne la *rupture abusive* du contrat de travail, la compétence de loi du contrat de travail paraît au contraire légitime. On a cependant estimé que la rupture abusive du contrat résultait d'un abus de droit et qu'elle entraînait par conséquent une *responsabilité délictuelle*, soumise à la loi du lieu de la rupture. Dans ce sens, ROUAST, « Les conflits de lois relatifs au contrat de travail », *Mélanges Pillet*, t. II, 1928, p. 201 et s., spéc. 211). Mais si on admet que la faculté de résilier unilatéralement le contrat de travail dépend de la loi applicable au contrat, le caractère abusif de la résiliation ne peut s'apprécier qu'au regard de cette même loi. Aussi, la compétence de la loi du contrat paraît-elle naturelle.

(3) La difficulté de déterminer le domaine des lois de police en la matière

Il semble alors que les *indemnités forfaitaires légales* (1) attribuées en cas de rupture de contrat de travail, — indemnité de délai-congé, indemnités de licenciement ou de clientèle attribuées à certaines catégories de salariés ou même celles qui résultent de Conventions collectives (2) —, doivent être rattachées sur le plan international à la loi du *lieu d'exécution du travail* (3) ou à la *loi du siège de l'entreprise* (4), si le travailleur est détaché dans un ou plusieurs pays étrangers.

309. — La position de la jurisprudence française sur ce point ne peut être systématisée aisément. D'abord, parce qu'elle a une forte tendance à appliquer la loi française (5), peut-être par faveur pour le travailleur, et particulièrement lorsqu'il est de nationalité française (6), ce qui laisserait supposer que la loi française est néces-

est accrue par le fait qu'il ne peut y avoir de rattachement unitaire des lois de police du travail. En effet le critère de rattachement d'une matière est étroitement dépendant des objectifs poursuivis par le législateur. Or selon que le caractère social d'une disposition est plus ou moins marqué que son caractère économique, divers critères de rattachement prévalent : la nationalité du travailleur (car il faut bien reconnaître que les tribunaux y attachent une grande importance), le lieu d'exécution du travail, ou le lieu du siège de l'entreprise.

(1) Il se peut naturellement que les indemnités fondées sur la rupture du contrat de travail n'aient pas ce caractère dans le système juridique reconnu compétent, néanmoins ce sont les conceptions du for qui doivent être utilisées pour déterminer le rattachement approprié à la matière. Mais il semble que des conceptions identiques à celles de la loi française soient assez répandues à l'étranger. V. sur ce point, J. AUDINET, « Le licenciement du travailleur en droit comparé », *Rev. int. dr. comp.*, 1966.365 et s.

(2) Malgré le caractère très particulier des problèmes posés par l'application des Conventions collectives du travail sur le plan international, il nous paraît utile d'en signaler les interférences avec la matière étudiée ici, bien qu'il soit impossible d'en faire apparaître toute la complexité. — Cf. sur ce point, G. LYON-CAEN, « La Convention collective de travail en droit international privé », *Clunet*, 1964.247 et s. et FREYRIA, *V° Conventions collectives du travail*, in *Rép. Dalloz dr. int.*

(3) Pour le rejet de cette solution en Italie, malgré le caractère de salaire différé de l'indemnité de licenciement dont l'attribution a été généralisée par la loi italienne du 15 juillet 1966, v. Milan, 26 septembre 1968, *Rev. crit.*, 1970. 671, note Pocar (la loi française du contrat est appliquée malgré l'exécution du travail en Italie, v. *supra*, note 4, p. 244).

(4) V. dans ce sens également, BOUREL, thèse précitée, p. 164 et s. — L'auteur met en relief le fait que les indemnités de congédiement par leur caractère forfaitaire s'apparentent au salaire, et qu'elles résultent d'obligations professionnelles imposées par le législateur dans le cadre de la réglementation du travail.

(5) V. sur ce point les remarques de Mme SIMON-DEPITRE, *Rev. crit.*, 1966.49 sous Soc., 1^{er} juillet 1964.

(6) A cet égard, l'opposition entre les arrêts de 1959 et 1964 et celui du 5 mars 1969 (cités *infra*, nos 310 et 311 bis), est peut-être significative. Abstraction faite de la motivation des solutions adoptées, on peut constater que pour une même localisation à l'étranger de l'activité du représentant, la compétence de la loi française est retenue dans les deux premiers arrêts où le représentant était de nationalité française, alors qu'elle est écartée dans le dernier, où le représentant était étranger.

sairement la plus protectrice des intérêts des salariés (1). Ensuite parce que, même lorsque ces solutions portent sur un point précis, la formulation générale des décisions vise le contrat dans son ensemble et il est alors délicat d'en déterminer la portée exacte.

Néanmoins, les décisions rendues en matière d'*indemnités de clientèle dues aux voyageurs de commerce* sont particulièrement intéressantes (2), dans la mesure où, malgré les divergences des solutions et de leur fondement, — autonomie de la volonté ou compétence impérative —, elles font apparaître la légitimité des critères de rattachement proposés. On peut le constater dans la plupart d'entre elles, qu'il s'agisse de celles qui accordent au représentant le bénéfice (3) des dispositions de la loi française ou de celles qui le lui refusent (4).

310. — Des trois décisions de la Cour de cassation qui retiennent la compétence de la loi française portant statut des V.R.P., deux sont particulièrement significatives de la volonté de lier l'attribution d'une indemnité de clientèle à la localisation de la relation de travail.

La première, du 9 novembre 1959 (5) rendue par la Chambre commerciale pose (6) le principe de la compétence de la loi du lieu d'exécution en matière de contrat de travail, mais l'écarte au profit de la loi du siège social de l'entreprise (7), lorsque le travailleur est détaché à l'étranger (8), et qu'il reçoit ses directives du siège social,

(1) Sur la tendance générale des tribunaux à admettre que seule la *lex fori* protège convenablement les travailleurs, v. F. GAMILLSSHEG, « Les principes du droit du travail international », *Rev. crit.*, 1961.281 et s., et Mme J. RIBETTES-TILLHET, obs. *Clunet*, 1964.130.

(2) Les décisions rendues en matière de *délai-congé* sont moins significatives du fait de leurs motifs. V. Soc., 3 juin 1957, *Bull. civ.* IV, p. 469, n° 659 (applique la loi française du contrat bien que celui-ci soit exécuté au Cameroun) ; Soc., 5 mai 1961, *Bull. civ.* IV, p. 385 (applique les dispositions du Code d'outre-mer en vigueur au lieu d'exécution, Madagascar, alors que le contrat avait été conclu au Kenya par un employé de nationalité anglaise). V. également pour la loi du contrat, Paris, 19 mars 1960, *Rev. crit.*, 1961.193, note Mme Simon-Depitre. Grenoble, 7 novembre 1967 (inédit) et Soc., 8 octobre 1969, *Montalevi/Giacomet* rejetant le pourvoi contre cet arrêt, *Rev. crit.*, 1970.684, note M. S. D., *Clunet*, 1970.332, obs., Mme Rivettes-Tillhet (la loi du contrat était la loi du lieu d'exécution (Iles Vierges)).

(3) Le problème s'est toujours posé sous cet angle et non en termes généraux. Faut-il déduire du fait que personne ne soit prévalu d'un statut étranger que le régime français est plus favorable ?

(4) V. *infra*, n° 311 et 311 bis.

(5) Com., 9 novembre 1959, *Société Lautier fils/Carlton*, *Rev. crit.*, 1960.566, note Mme Simon-Depitre, *Clunet*, 1960.1064, note G. Lyon-Caen.

(6) Plus exactement, la Cour reprend les motifs de la Cour d'appel.

(7) La Cour semble également attacher une importance au lieu de conclusion du contrat (France).

(8) Sur la notion de « détachement » et la difficulté de la définir en droit du travail, v. DESFAX, « La détermination des sujets de la convention collective

d'autant plus, note l'arrêt, que le représentant exerçant son activité dans plusieurs pays d'Amérique du Sud, il n'y aurait aucune raison de faire prévaloir la loi de l'un de ces pays (1). La compétence de la loi française du 18 juillet 1937 qui accordait à ce voyageur de commerce licencié une indemnité spéciale est donc retenue.

La seconde espèce est plus caractéristique, parce que les parties avaient expressément désigné la loi applicable à leur contrat, la loi tchécoslovaque. Or la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 décembre 1960 (2) écarte le choix des parties, au motif (3) que la loi française, dont elle relève le caractère d'ordre public, s'imposait pour tout *travail de représentation effectué en France* (4). La Cour s'attache donc ici, pour appliquer la loi française du 7 mars 1957 relative aux V.R.P., au caractère impératif de la loi du lieu d'exécution.

L'idée d'un rattachement impératif disparaît cependant dans un troisième arrêt du 1^{er} juillet 1964, où la Chambre sociale (5) retient la compétence de la loi française sous couvert de l'autonomie de la volonté (6), alors que le travail de représentation s'effectuait à l'étranger, en Allemagne. L'opposition de ce dernier arrêt avec les deux premiers est notable. Non seulement, il fait appel à l'autonomie de la volonté dans un domaine où il semblait qu'il y eût une compétence impérative, mais il ne tient

de travail », J.C.P., 1965.I.1938, n° 25 et s.; en matière de Sécurité sociale, v. *supra*, note 5, p. 276.

(1) En réalité, l'interprétation de la décision est rendue délicate par l'enchaînement des motifs. On peut difficilement savoir si la loi du siège social de l'entreprise est retenue dès qu'il y a *détachement* à l'étranger, ou lorsque le détachement comporte une *pluralité de lieux d'exécution*. Pour répondre, il faudrait savoir exactement à quoi se rapporte le motif suivant : « dans ces cas, il n'y a aucune difficulté pratique à l'application des lois sociales à l'égard de ce travailleur ». Ces cas sont-ils « le cas » où le travail s'effectue à l'étranger sans qu'il y ait détachement ou les cas où le travail est exécuté dans un lieu unique qu'il y ait ou non détachement ?

(2) Soc., 9 décembre 1960, *Etablissement Mokotov/Semeriva*, J.C.P., 1961.II.12029, note Mme Simon-Depitre.

(3) La Cour fait aussi état du *domicile* en France du représentant. On s'est étonné de cette référence. On pourrait peut-être l'expliquer par le fait qu'en matière sociale, un certain nombre de textes conditionnent le bénéfice de leurs dispositions à la résidence sur le territoire français. V. pour une référence semblable au domicile, Soc., 29 mai 1963, J.C.P., 1964.II.13523 (application d'une convention collective de travail).

(4) L'intérêt principal était de prononcer la nullité de la clause compromissoire insérée dans le contrat (v. *supra*, n° 77) et de reconnaître la compétence des tribunaux français pour déterminer l'indemnité de clientèle due au représentant.

(5) Soc., 1^{er} juillet 1964, *Etablissements Maillard/Hakemberg*, Bull. civ., 1964.IV, p. 467, n° 573, Rev. crit., 1966.47, note Mme Simon-Depitre, Clunet, 1965.128.

(6) La Cour déduit de la clause attributive de compétence aux juridictions françaises leur intention de se soumettre à la loi française. V., l'interprétation inverse donnée à une telle stipulation dans l'arrêt *Zanarelli* de la Chambre sociale du 5 mars 1969, cité *infra*, n° 311 bis.

nullement compte des préoccupations qui avaient motivé les deux arrêts du 9 novembre 1959 et du 9 décembre 1960, c'est-à-dire parvenir à un rattachement qui n'entraînât pas « de difficultés pratiques » quant à l'application des « lois sociales » qui ont une vocation légitime à s'appliquer (1).

Si l'explication — et non une justification — peut être trouvée dans l'intention de faire bénéficier le représentant de la loi *a priori* la plus favorable, il faut bien reconnaître que tel n'est pas toujours le but poursuivi par la Chambre sociale.

311. — Deux décisions de cette Chambre refusent, en effet, le bénéfice d'une indemnité de clientèle à des représentants de commerce qui n'exerçaient pas leur activité en France, comme dans l'espèce de 1964. Si l'idée d'une compétence impérative des dispositions en vigueur au lieu d'exécution n'est pas aussi explicite dans les deux arrêts, la localisation à l'étranger de l'activité de ces représentants paraît néanmoins avoir motivé les deux solutions.

Cette justification est très nette dans l'arrêt de la Chambre sociale du 29 mai 1963 (2) — antérieur donc d'un an à l'arrêt de 1964 qui se référerait à l'autonomie de la volonté — (3). La Cour refuse à un représentant français le bénéfice, non pas du statut des V.R.P., mais d'une indemnité spéciale prévue par la *Convention collective française de l'industrie du verre* (4), au motif que celui-ci exerçait son activité en Italie, où il avait également son domicile, et que la convention collective ne réglait « les rapports de travail entre employeurs et salariés que sur le territoire métropolitain » (5).

(1) V. en particulier, les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation, Ch. Com. du 9 novembre 1959 préc. Comp. Mme RIBETTES-THILLET, « Conflits de lois et représentation commerciale », *Clunet*, 1964, p. 48.

(2) Soc., 29 mai 1963, *Jacquin/S.A.R.L. « Verrerie et cristallerie d'Arques »*, J.C.P., 1964.II.13523, note Mme Simon-Depitre, *Clunet*, 1964.301.

(3) C'est d'ailleurs la raison des difficultés éprouvées par la doctrine à concilier ces diverses décisions.

(4) On peut noter que dans la décision, la loi du contrat de travail n'est pas déterminée. Sans doute s'agissait-il en l'espèce, de savoir si la convention collective française devait ou non s'appliquer, mais cela pourrait indiquer que le problème de l'indemnisation née de la rupture du contrat n'est pas rattaché à la loi du contrat.

(5) V., au contraire, pour l'application d'une convention collective française malgré l'exécution du travail à l'étranger, Com., 9 novembre 1959, *Société Lautier fils/Carlton*, *Rev. crit.*, 1960.566, note Mme Simon-Depitre, *Clunet*, 1960.1064, note G. Lyon-Caen. La Cour s'attache pour ce faire à démontrer le caractère temporaire du détachement à l'étranger du représentant, ce qui était inutile en l'espèce car la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 prévoit elle-même le cas du travailleur à l'étranger sans exiger que le déplacement ait un caractère temporaire (v., art. 3, par. 2). V., également Soc., 10 juillet 1959, *Bull. civ.*, 1959.IV, n° 916, p. 731 (application d'une convention collective française malgré l'exécution du travail en Arabie Séoudite).

Si la Cour fait appel à la notion de territorialité (1) de la convention collective, elle retient par la même occasion le critère du lieu d'exécution du travail (2). Dans ces motifs, on voit apparaître également le second critère de rattachement proposé, le critère du siège social de l'entreprise dans la mesure où elle constate que le caractère secondaire des déplacements du salarié en France ne suffisait pas à entraîner l'application de la convention collective française.

Si cette décision confirme en quelque sorte la légitimité des critères de rattachements proposés en matière d'indemnités forfaitaires particulières (3), elle appelle néanmoins la critique. En effet, l'indemnité prévue par la convention collective était destinée à réparer le préjudice résultant pour le travailleur des clauses de non-concurrence telles que celle qui avait été stipulée dans le contrat. Or celle-ci devait avoir effet dans divers pays d'Europe, et également en France. Cet effet partiel de la clause en France, ne justifiait-il alors, l'attribution d'une indemnité compensatrice ? Ne fallait-il pas admettre que l'effet en France de la relation de travail entre employeur et employé, — en l'espèce, l'obligation de non-concurrence —, entraînait la localisation partielle de celle-ci en France ? La Cour refusa de tenir compte de cette argumentation, avancée par le représentant, qui légitimait cependant l'application de la convention collective française et l'attribution d'une indemnité compensatrice partielle (4). Cette réserve faite, il n'en reste pas moins que les critères pris en considération dans cette décision révèlent l'importance de la localisation de la relation de travail pour décider de l'attribution d'une indemnité de clientèle.

311 bis. — Mais il faut bien reconnaître que ce facteur est beaucoup moins déterminant dans la décision la plus récente de la Chambre sociale, en date du 5 mars 1969 (5). La Cour approuve les juges du fond d'avoir refusé, à un représentant italien, domicilié et exerçant son activité en Italie, une indemnité selon la loi française, au motif que le statut des V.R.P. ne pouvait recevoir applica-

(1) Sur l'ambiguïté du concept de territorialité en cette matière v. DESPAX, « La détermination des sujets de la convention collective de travail », J.C.P., 1965.I.1938, n° 24 et s. et LYON-CAEN, « La convention collective du travail en droit international », *Clunet*, 1964.258, n° 22.

(2) Il serait cependant hasardeux de conclure au rattachement des conventions collectives sur le plan international au lieu d'exécution du travail. En effet, il arrive que les conventions collectives françaises prévoient elles-mêmes leur application, même si le travail est effectué à l'étranger. De plus, dans cette même hypothèse, la jurisprudence reconnaît le droit aux parties de stipuler expressément l'application d'une convention collective française. Cf. sur ce point DESPAX, *chron. préc.* n° 24 et s.

(3) *Supra*, n° 308.

(4) V. sur ce point, la note de Mme Simon-Depitre, *in* J.C.P., 1964.II.13523.

(5) Soc., 5 mars 1969, *Zanarelli/Sté B.S.N.*, J.C.P., 1970.II.16491, note P.L., *Rev. crit.*, 1970.281, note Batiffol, *Clunet*, 1969.67, note Mme Ribettes-Tillhet.

tion que si les parties avaient eu la commune intention de l'adopter. Or, celles-ci auraient manifesté la volonté contraire de se soustraire à la loi française du fait même qu'elles avaient stipulé deux clauses nulles en vertu du droit français (1). En dépit de cette référence à l'autonomie de la volonté, ne peut-on penser, qu'en définitive, la solution est plutôt fondée sur le fait que *le représentant exerçait son activité à l'étranger* ?

La localisation hors de France de cette activité justifierait dans un premier temps, la non-application du statut français, et, dans un second temps, la compétence de la loi italienne. Mais un tel fondement paraît incertain. En effet, en 1964, dans des circonstances équivalentes — activité à l'étranger, stipulation d'une clause attributive de juridiction à un tribunal français —, la Chambre sociale avait néanmoins admis la compétence de la loi française (2). La position de la Chambre sociale a-t-elle évoluée depuis, et, accorde-t-elle une importance plus décisive à la localisation de l'activité professionnelle ? Ou bien, la différence de solution tient-elle au fait, qu'en 1964 le représentant était français, alors qu'étranger en 1969, il ne mérite point la même faveur ? Explication bien peu satisfaisante de la non-application du statut français.

S'il n'est pas certain que l'activité hors de France ait nécessairement entraîné la *non-application* du droit français, il apparaît plus sûrement dans les motifs de la décision (3) que les parties n'ont pu se *soustraire* à l'application de la loi française *qu'en raison du fait que le travail de représentation ne se localisait pas en France* (4). Ceci implique que la loi française a une compétence impérative dans l'hypothèse inverse, mais cela ne signifie nullement que l'attribution d'une indemnité de clientèle dépende nécessairement — en vertu d'une règle bilatérale — de la loi du lieu d'exécution. Et, en effet, il ne semble guère que la Cour ait considéré que la loi italienne fût compétente, en l'espèce. La Chambre sociale approuve même les juges du fond d'avoir admis qu'il convenait de « ... faire application pure et simple de la convention telle qu'elle avait été rédigée, ce qui s'opposait à ce que Zanarelli demande une indemnité de clientèle » (5). C'est dire qu'en l'occurrence, la question n'était soumise

(1) Il s'agissait en l'espèce d'une clause de renonciation à une indemnité de clientèle et d'une clause attributive de juridiction. On peut d'ailleurs s'étonner de la nullité de cette dernière, puisque la juridiction désignée était précisément celle qui était *compétente* en vertu de la loi française. Sur la double interprétation possible de la stipulation de clauses nulles, quant à la détermination de la loi applicable, v. Batiffol, note *Rev. crit.*, 1970.283 et s.

(2) V. *supra*, n° 310.

(3) *Rev. crit.*, 1970 p. 281.

(4) Sur ce point, la solution s'harmonise parfaitement avec celle de l'arrêt de la Chambre sociale du 9 décembre 1960 (*supra*, n° 310), qui avait refusé aux parties la faculté de choisir la loi tchécoslovaque dès lors que le travail de représentation s'effectuait en France.

(5) *Rev. crit.*, 1970 p. 281.

à aucune loi (1) ! C'est admettre les conséquences les plus extrêmes de l'autonomie de la volonté dans un domaine où, même une autonomie raisonnable est peu concevable.

312. — Il résulte de cette étude que le fondement des décisions rendues en matière d'indemnités forfaitaires peut difficilement être systématisé, d'autant plus que l'on peut se demander si les rattachements retenus valent pour tout le contrat de travail, ou seulement pour la matière des indemnités forfaitaires. Néanmoins malgré ces incertitudes, on peut constater dans la plupart d'entre elles, un certain souci de *localiser* la relation de travail pour déterminer les conséquences que peut entraîner la rupture de celle-ci. Selon les modalités de la relation de travail, sa localisation doit se faire, au *lieu d'exécution du travail* (2), lorsque le travailleur y a son activité principale, au *siège social de l'entreprise*, lorsque ses déplacements constants ou son étroite dépendance de l'entreprise ne permettent pas une localisation plus précise. C'est pourquoi, si on reconnaît aux parties la faculté de choisir la loi applicable au contrat de travail, nous paraît-il nécessaire de retenir principalement ces deux critères de rattachement pour déterminer la loi applicable aux indemnités forfaitaires dues par l'employeur du fait de la rupture du contrat de travail, critères qui sont identiques, notons-le, à ceux que nous avons retenus en matière de réparation des accidents du travail (3), autre conséquence légale attachée à l'existence d'une relation de travail.

B. — CONSÉQUENCES ATTACHÉES À L'EXISTENCE D'UN CONTRAT D'ASSURANCE.

313. — La jurisprudence française soumet à un rattachement particulier deux matières qui sont en droit interne liées à l'existence d'un contrat d'assurance, d'une part, *l'action directe de la victime* contre l'assureur de l'auteur du dommage, d'autre part, la *subrogation légale de l'assureur* contre le tiers responsable du sinistre dans les droits de la victime. Si par leurs décisions, les tribunaux paraissent, plus ou moins fermement, avoir reconnu le caractère

(1) On notera d'ailleurs combien, malgré l'acceptation du principe que tout rapport international est « nécessairement soumis à la loi d'un Etat », il est fréquent que, par inadvertance, les arrêts aboutissent à un tel résultat. Il suffira de se reporter à l'arrêt du 5 décembre 1910 (v. *supra*, n° 58 et s.) et à l'arrêt des *Messageries Maritimes* du 21 juin 1950, *Rev. crit.*, 1950.611, note Batiffol.

(2) Sur la prépondérance de ce critère, v. Mme Simon-Depitre, note au J.G.P., 1964. II.13523.

(3) V. *supra*, n° 301 et s.

de lois de police des dispositions relatives à ces deux matières (1), il semble que cela ne soit guère justifié pour l'une d'entre elles, la subrogation légale de l'assureur.

1. *L'action directe de la victime
contre l'assureur de l'auteur du dommage*

314. — En droit français (2), l'exercice d'une action directe par la victime d'un dommage contre l'assureur de l'auteur de ce dommage (3) est liée à l'existence d'un contrat d'assurance valable (4). Cette action, bien qu'exercée par une personne non-partie au contrat d'assurance, tend à l'exécution de celui-ci dans les conditions et les limites prévues au contrat (5). A priori, il semblerait, qu'étant une conséquence attachée par la loi à l'existence d'un contrat d'assurance (6), l'action directe — ou plus exactement la recevabilité de cette action — ainsi que l'étendue des droits qu'elle confère à la victime, fussent être soumises, sur le plan international (7), à la loi applicable au contrat d'assurance (8).

(1) V. également en faveur du caractère de « loi de police et de sûreté » de la loi du 31 décembre 1951 instituant le Fonds de garantie automobile, Civ., 20 mars 1962, *Bull. civ.*, I, n° 169, p. 150, *Clunet*, 1964.100, obs., critiques B. Goldman (L'arrêt décide que l'assureur étranger, même s'il n'est pas agréé, est soumis aux dispositions qui résultent de la loi du 31 décembre 1951). V., sur le champ d'application de cette loi, MEURISSE, J.C.P., 1962.I.1726.

(2) Le droit belge (depuis 1956) et le droit suisse admettent également l'action directe de la victime. Celle-ci est, au contraire, ignorée du droit anglais, allemand et italien.

(3) On donne pour fondement à cette action directe l'article 2102 du Code civil et l'article 53 de la loi du 13 juillet 1930. Cf. COZIAN, « L'action directe », L.G.D.J. Paris, 1969.

(4) Sur cette condition, v. les motifs de l'arrêt de la Cour de Paris du 16 mars 1960, *Rev. crit.*, 1961.347, note Deprez, cité *infra*, n° 319.

(5) V. SUMIEN, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, 1957, p. 113, n° 200.

(6) Cf. DEPREZ, *Rev. crit.*, 1961.352, qui y voit « un bénéfice légal prenant appui sur le contrat d'assurance ».

(7) Si la recevabilité de l'action directe de la victime dépend généralement de la mise en œuvre d'une règle de conflit de lois, le problème peut ne pas se poser en ces termes lorsque la victime se fait indemniser selon la procédure organisée par les *Conventions inter-bureaux*. Celles-ci permettent, en effet, l'indemnisation sur place de la victime par un Bureau gestionnaire, sans égard à la teneur des lois internes en présence. Il en résulte d'ailleurs que la solution peut varier selon la procédure choisie par la victime, (v. BIGOT, *Rev. crit.*, 1971.275, note sous Civ., 1^{re}, 22 mai 1970). — Sur les conventions inter-bureaux, v. BESSON, « La carte verte internationale d'assurance automobile. L'action directe des victimes en France », *Rev. gén. ass. terr.*, 1968.153 et s.; CLAEYS, « Les conventions inter-bureaux pour l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles en droit international », *Gaz. Pal.*, 1966.II, doct. 112 et 1970.I, doct. 54 et s. — L'utilité d'une règle de conflit en matière d'action directe apparaît néanmoins dans les travaux de la conférence de La Haye de Droit international privé qui a élaboré en octobre 1968 (11^e Session) une « Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière ». Les mul...

(8) Voir cette note page suivante.

315. — Telle n'est pas cependant la solution adoptée en France, où la jurisprudence confère à l'action directe une autonomie qu'elle n'a que faiblement sur le plan interne (1). En effet, si les tribunaux ont retenu la compétence de la loi du contrat pour déterminer l'étendue de la garantie due par l'assureur (2), ils en ont écarté l'application quant à la recevabilité même de l'action, si ce n'est dans trois espèces récentes (3) dont la solution — au moins pour deux d'entre elles (4) — plus accidentelle que fondée sur une qua-

tiples rattachements admis (art. 9) indiquent d'ailleurs l'intention manifeste de conférer à la victime une action directe. Selon la teneur de la loi désignée, la victime peut exercer une action directe selon la loi applicable à la responsabilité — qui peut être en vertu des articles 3, 4 et 5 la loi du lieu de survenance de l'accident, ou la loi de l'Etat d'immatriculation (du véhicule impliqué ou des véhicules si elle est commune) — ou, à défaut, selon la loi du lieu de survenance de l'accident (art. 9, al. 2), ou à défaut, selon la loi applicable au contrat d'assurance (art. 9, al. 3). Sur cette Convention, V. LOUSSOUARN, « La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière », *Clunet*, 1969.5 et s.; BATIFFOL, « La 11^e session de la Conférence de La Haye », *Rev. crit.*, 1969.215 et s., spéc. 226 et s.

(8) Peu d'auteurs sont favorables à la compétence de la loi du contrat; v. cependant LALOU, D.P., 1930.286, PICARD-BESSON, *Traité*, t. I, n° 383 (favorables à la loi du contrat seulement lorsqu'elle est française). Dans ce même sens, SAVATIER, D.P., 1936.151. — En faveur de la loi du contrat, en Italie, VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, 1956, p. 119. — Cf. implicitement en faveur de la loi du contrat d'assurance, l'Institut de Droit international, session d'Edimbourg, *Rev. crit.*, 1970.152 et s., spéc. 153.

(1) Cependant, en droit interne, une certaine autonomie a été reconnue en matière de prescription; la jurisprudence retient la prescription de droit commun et non la prescription abrégée des actions nées du contrat d'assurance. (V. notamment, Civ., 26 mars 1939, D.P., 1939.I.68, Civ., 26 mars 1941, *Rev. gén. ass. terr.*, 1941.300).

(2) Douai, 21 juin 1955, *Rev. crit.*, 1956.71, note Loussouarn (la notion de faute permettant de décharger l'assureur est appréciée selon la loi belge applicable au contrat d'assurance). Douai, 19 juin 1964, *Rev. gén. ass. terr.*, 1965.61, D., 1964, Somm. 105.

(3) Civ., 15 février 1965, *Bull. civ.*, 1965.I, n° 124, p. 92 (recevabilité de l'action directe par application de la loi belge du contrat d'assurance, alors que l'accident était survenu en France). Douai, 19 juin 1964, *Rev. gén. ass. terr.*, 1965.61, D., 1964, Somm. 105 (recevabilité de l'action directe par application cumulative de la loi belge du contrat d'assurance et de la loi française du lieu de l'accident). Trib. gr. inst., Paris, 16 juin 1969, *Rev. crit.*, 1971.67, note Gaudemet-Tallon.

(4) Dans la décision du tribunal de grande instance de Paris de 1969, citée *supra*, la compétence de la loi française du contrat d'assurance est affirmée sans équivoque; aucune allusion n'est faite à la loi allemande du lieu de l'accident, ce qui est surprenant compte tenu de la position de la jurisprudence dominante. Une explication pourrait être trouvée dans le fait que les juges ont voulu faire bénéficier les victimes d'une action directe qui n'existe pas en droit allemand, encore qu'il existe des décisions qui n'ont pas hésité à appliquer la solution traditionnelle même lorsqu'elle était défavorable à la victime (v. *infra*, n° 316). La décision est, cependant, intéressante à un autre point de vue. Elle est, en effet, la première à notre connaissance, à affirmer la soumission impérative à la loi française, en raison du contrôle français, d'un contrat d'assurance souscrit en France auprès d'un assureur étranger, position soutenue par une partie de la doctrine (v. *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Assurances Terrestres*, par A. TOUBIANA, n° 16 et s.).

lification contractuelle de l'action directe, ne semble pas devoir renverser le principe adopté par la Cour de Cassation depuis 1936, en faveur de *la loi du lieu où le fait dommageable s'est produit* (1).

316. — Pour la jurisprudence, en effet, « si l'action de la victime contre l'assureur est subordonnée à l'existence d'une convention passée entre ce dernier et l'auteur de l'accident et ne peut s'exercer que dans ses limites, elle trouve, en vertu de la loi, son fondement dans le droit à réparation du préjudice causé par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable » (2).

Ainsi, même lorsque la loi du contrat ignore l'action directe, celle-ci est-elle recevable « contre l'assureur étranger de l'auteur responsable lui-même étranger » (3) dès lors que le dommage s'est réalisé dans un pays qui l'admet (4). En revanche, si le fait dommageable survient dans un pays qui ne l'admet pas, l'action directe de la victime contre l'assureur est irrecevable (5) cela même lorsque le contrat d'assurance est soumis à la loi française (6).

317. — Si le *principe* de la compétence de la loi du lieu où s'est produit le fait dommageable pour déterminer la recevabilité de l'action directe, paraît bien établi dans la jurisprudence française, il n'en est pas de même du *fondement* de la solution. Celle-ci, estime-t-on généralement, reposerait sur une qualification délictuelle de l'action directe de la victime, considérée en tant qu'élément de la réparation des délits. Ce serait donc, à titre de loi de la responsa-

(1) Req., 24 février 1936, *Clunet*, 37.70, obs., J.P., *Rev. gén. ass. terr.*, 1936.559; S., 1936.1.161, rapp. Gazeau, D.P., 1936.I.49, note Savatier, *Rev. crit.*, 1936.782; Civ., 25 juin 1945, D., 1946.51; Cass., 13 juillet 1948, J.C.P., 1948.II.4635, note Besson; D., 1948, J., 433, note P. L. P., *Rev. crit.*, 1949.94, note Batiffol; *Rev. gén. ass. terr.*, 1948.260, A. B.; Soc., 11 mai 1962, *Clunet*, 63.772, obs. B. G., *Bull. civ.* IV, n° 430, p. 341; Civ., 20 mars 1962, *Bull. civ.*, I, n° 169, p. 150; *Clunet*, 1964.100, obs. B. G.; *Gaz. Pal.*, 1962.229; Douai, 21 juin 1955, *Rev. crit.*, 1956.71, note Loussouarn.

(2) Civ., 25 juin 1945, D. 1946.51, *Rev. crit.*, 1946.251.

(3) Douai, 21 juin 1955, *préc.*; Civ. 1^{re}, 20 mars 1962, *Bull. civ.*, 1962.I, n° 169, p. 150, *Clunet*, 1964.100, obs. B. G.

(4) Ce sera le cas lorsque le dommage s'est réalisé en France. Il faut remarquer que l'efficacité de la solution est liée à l'existence d'un établissement en France de l'assureur étranger (v. NIBOYET, t. V, n° 437), mais les effets des *Conventions inter-bureaux* permettent actuellement de remédier à de telles difficultés (v., Paris, 2 janvier 1968 et Montpellier, 9 octobre 1967, *Rev. crit.*, 1968.668, note Jean Bigot). Sur les conventions inter-bureaux, v. les références citées *supra* note 7 p. 287.

(5) Rennes, 13 mars 1961, *Rev. crit.*, 1962.314, note Mme Simon-Depitre, et Cl. Legendre, D., 1962.154, note Jambu-Merlin, Seine, 29 mars 1963, *Rev. gén. ass. terr.*, 1964.41, *Clunet*, 1964.100, obs. B. G., *Gaz. Pal.*, 1963.2.86.

(6) Cass., 13 juillet 1948, D., 1948.433, P.L.P., J.C.P., 1948.II.4635, note Besson (accident au Maroc).

bilité (1), c'est-à-dire en tant que *lex loci delicti* (2), que la compétence de la loi du lieu où le dommage s'est produit serait retenue. Sans doute quelques décisions se sont-elles référées expressément à la *lex loci delicti* (3), mais il est permis de penser que le rattachement retenu par la jurisprudence l'est en définitive en raison d'une qualification de *loi de police* de la matière (4).

318. — En effet, si la loi du lieu du fait dommageable était compétente au titre de loi de la responsabilité, il faudrait admettre que lorsque la responsabilité couverte par l'assurance est de nature contractuelle, et non plus délictuelle, la recevabilité de l'action directe dépend de la loi applicable à cette responsabilité contractuelle, c'est-à-dire à la loi du contrat objet de l'assurance. Ainsi pour un dommage *survenu au même endroit* (5), l'action directe serait recevable si le dommage donnait naissance à une responsabilité délictuelle, alors qu'elle serait irrecevable s'il entraînait une responsabilité contractuelle, si par hypothèse, la loi du contrat, objet de l'assurance n'admet pas l'action directe de la victime contre l'assureur (6). La solution paraîtrait assez illogique, aussi paraît-il peu vraisemblable que la jurisprudence ait reconnu la compétence de la loi où se produit le fait dommageable au titre de loi de la responsabilité.

Pour quelles raisons d'ailleurs, les tribunaux auraient-ils reconnu une nature délictuelle de l'action directe alors que sa nature intrinsèque est plus complexe (7) ? C'est précisément la synthèse de

(1) V. expressément en faveur de la loi applicable à la responsabilité, Com., 9 mars 1966, *Rev. crit.*, 1966.636, note Cl. Legendre. (Le dommage résultant d'un abordage survenu en haute mer, la compétence de la *lex fori* est retenue faute de pouvoir déterminer une *lex loci delicti*, ce qui est conforme d'ailleurs à la vocation subsidiaire de la *lex fori*. Il faut remarquer de plus que l'action directe est ici admise en matière d'assurances maritimes, en vertu de la loi française (l'arrêt invoque l'art. 2102.8° C. civ.), alors que son existence y est sujette à discussion.

(2) V. BATIFFOL, *Contrats*, n° 469, *Traité*, 4^e éd., n° 605; NIBOYET, t. V, n° 1437. Pour une position nuancée, v. LOUSSOUARN, *Rev. crit.*, 1956.71, note sous Douai, 21 juin 1955. On pourrait alors se demander, alors que l'ordre public a été invoqué fréquemment en matière de responsabilité délictuelle, s'il ne devrait pas être opposé contre les lois étrangères qui ignorent l'action directe (v. *infra* p. 292).

(3) Civ., 25 juin 1945, Civ., 13 juillet 1948, Douai, 19 juin 1964 (à titre subsidiaire cependant) préc. Pour la compétence de la *lex loci delicti* aux Etats-Unis, v. BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., n° 621, note 41.

(4) V., en faveur de cette qualification, PICARD-BESSON, *op. cit.*, t. I, n° 383, H. et L. MAZEAUD, t. III, n° 2700; Comp. sur la notion de loi de police en la matière, LOUSSOUARN, *Rev. crit.*, 1956.77.

(5) Cette considération ne vaut évidemment que si le dommage d'origine contractuelle est localisable, ce sera le cas principalement dans le contrat de transport.

(6) V. également LOUSSOUARN, note préc., *Rev. crit.*, 1956.77.

(7) Rappelons qu'antérieurement à cette jurisprudence, quelques décisions avaient admis sous l'empire de la loi de 1913, que l'action directe était un

deux actions différentes (1) : celle de l'assuré contre l'assureur, régie en principe par la loi du contrat d'assurance, et celle de la victime contre l'assuré, auteur du dommage, soumise en principe à la loi de la responsabilité, délictuelle ou contractuelle, selon que le dommage est d'origine délictuelle ou contractuelle. S'il est possible d'admettre que la jurisprudence a fait prédominer l'une au détriment de l'autre, c'est en réalité pour d'autres motifs. Il semble que ce soit, en effet, parce qu'elle a considéré la recevabilité de l'action directe comme une *disposition de police liée à la localisation du fait dommageable*.

319. — Ce caractère a été nettement affirmé par la Cour de Paris dans un arrêt du 16 mars 1960 (2), où la compétence de la loi française du lieu de l'accident est retenue, alors que l'assureur comme l'assuré étaient américains, et que le contrat d'assurance était vraisemblablement soumis à la loi américaine bien que souscrit à Paris (3). La Cour s'exprime en ces termes : « Les relations de la victime, agissant en vertu de l'action directe, et de l'assureur, *ne relèvent pas en France du droit contractuel et de l'autonomie des volontés mais d'un statut réglementaire* qui, comme tel, doit être tout entier considéré comme *d'ordre public au regard du droit international privé*, et s'impose dès lors sur le territoire national... ». Ces motifs semblent bien indiquer le caractère de loi

privilege de la victime sur la créance d'indemnité due par l'assureur et l'avaient en conséquence rattachée à la loi de la situation de la créance, objet du *privilege*, c'est-à-dire à la loi du domicile du débiteur (Rouen, 4^e Ch. 8 janv. 1930, *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.899, *Clunet*, 1931.363, obs. Perroud, D.P. 1930.2.85 ; Seine, 2 juillet 1931, *Clunet*, 1933.622. — V., en faveur de cette solution Lalou, D., 1930.2.86, NIBOYET, *Rev. dr. int. priv.*, 1931.296 et s., et 668, PICARD, *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.900, BERNAYS, *L'action directe exercée par la victime d'un accident contre la compagnie d'assurance, notamment dans le cas où celle-ci est étrangère*, thèse Paris, 1933, p. 95. Mais la notion de *privilege*, qui implique un concours entre créanciers n'est-elle pas incompatible avec le caractère exclusif du droit de la victime sur l'indemnité ? V. les critiques de BOUREL, thèse précitée, p. 261 et PERROUD, « L'action directe de la partie lésée contre les compagnies d'assurances étrangères », *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.17 et s. spéc. 36. D'autres décisions avaient admis que l'action était fondée sur un *droit de rétention*, imposé à l'assureur au profit de la victime (Lille, 6 mars 1933, *Clunet*, 1934.334 ; Douai, 4 juillet 1934, *Clunet*, 1936.142). V. *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o Assurances Terrestres par A. TOUBIANA, n^o 49.

(1) LOUSSOUARN, *Rev. crit.*, 1956, p. 75.

(2) Paris, 16 mars 1960 *Great American Indemnity/Dlle Dubois*, *Rev. crit.*, 1961.347, note Deprez, *Clunet*, 1960.1060, *Rev. crim. dr. com.*, 1961.212, obs. Loussouarn, *Rev. gén. ass. terr.*, 1960.437, note A.B.

(3) Il faut d'ailleurs remarquer que la recevabilité de l'action directe n'était pas directement en cause en l'espèce. Il s'agissait de savoir si la victime pouvait se prévaloir de l'article 19 de la loi de 1930, prévoyant la continuation de l'assurance après la vente d'un véhicule ou si au contraire l'assureur américain pouvait se prévaloir du défaut d'assurance. Le problème ne peut plus se poser depuis la loi du 27 février 1958, l'article 19 de la loi de 1930 ne s'appliquant plus en matière d'aliénation de véhicules automobiles.

de police de la recevabilité de l'action directe en droit français. Ce caractère apparaît également dans d'autres décisions qui admettent la recevabilité de l'action directe en raison de son caractère « d'ordre public » (1). Or il ne s'agissait nullement de l'ordre public écartant la loi normalement compétente, mais de l'ordre public pris en tant que circonstance de rattachement (2). La preuve en est que la Cour de cassation dans son arrêt du 13 juillet 1948 (3) a pu rejeter l'action directe de la victime au motif que la loi marocaine du lieu de l'accident ne l'admettait pas, alors même que le contrat d'assurance était soumis à la loi française. Cette circonstance aurait pu, semble-t-il, faire prévaloir la nature contractuelle de l'action directe, sur la nature délictuelle qu'on lui attribue.

L'idée selon laquelle le rattachement de la recevabilité de l'action directe de la victime contre l'assureur, à la loi du lieu où se localise le fait dommageable est fondée sur la notion de loi de police serait confirmée évidemment si les tribunaux l'admettaient également, lorsque l'action directe est destinée à obtenir la réparation d'une responsabilité contractuelle. Mais, il n'en demeure pas moins que, quel que soit son fondement, ce rattachement est bien établi dans la jurisprudence.

2. La subrogation légale de l'assureur

320. — Contrairement aux solutions évoquées précédemment, relatives à l'action directe de la victime contre l'assureur, la position de la jurisprudence française quant au rattachement sur le plan international de la subrogation légale de l'assureur dans les droits et actions de l'assuré contre le tiers responsable du dommage, n'a jamais été très ferme.

Si quelques décisions anciennes (4) avaient retenu la compétence de la loi du lieu de paiement de l'indemnité (5) ou celle de la créance éteinte, d'autres décisions plus récentes ont paru reconnaître à la subrogation légale de l'assureur, le caractère d'une disposition de police. Mais en réalité, il semble qu'il ne s'agisse

(1) Civ., 11 mai 1962, *Clunet*, 1963.772, obs. B.G., *Bull. civ.*, IV, n° 430, p. 341 (action directe conférée dans un « intérêt d'ordre public »). V. déjà, Req., 24 février 1936, préc. L'idée avait été exprimée encore plus nettement dans quelques décisions anciennes, Vienne, 29 juin 1929, *Clunet*, 1931.363 ; Saintes, 3 octobre 1933, *Clunet*, 1935.65. Elle avait cependant été rejetée par d'autres, Seine, 2 juillet 1931, *Clunet*, 1933.622 ; Rouen, 8 janvier 1930, *Clunet*, 1931.363.

(2) Sur la tendance de la jurisprudence à faire de l'ordre public une circonstance de rattachement, v. *supra*, n°s 248 et s.

(3) Civ., 13 juillet 1948, D., 1948.433, note P.L.P., J.C.P., 1948.II.4635, note Besson.

(4) Sur le fondement de ces décisions et les références, V. *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Assurances Terrestres*, par A. TOUBIANA, n° 46.

(5) Cette solution conduit généralement à reconnaître la compétence de la loi du siège social de la compagnie d'assurance ou de la succursale, l'indemnité étant le plus souvent payable en ce lieu.

pas là de solutions de principe (1) qui puissent s'opposer à la compétence naturelle de la loi du contrat d'assurance qu'il conviendrait d'admettre en cette matière, ce dernier rattachement n'étant au demeurant nullement contradictoire à l'affirmation récente de la Cour de cassation (2) selon laquelle « la subrogation légale est régie par la loi de l'institution pour le fonctionnement de laquelle elle a été créée ».

321. — Trois décisions en particulier permettraient de penser que les solutions adoptées sont fondées sur la notion de loi de police. Dans deux arrêts, en effet, l'un de la Cour de cassation (3), l'autre de la Cour de Paris (4), l'article 36 de la loi française du 13 juillet 1930 (5) qui limite l'étendue de la subrogation accordée à l'assureur au montant de l'indemnité versée à l'assuré, est *appliqué directement*, sans aucune considération des éléments d'extranéité qui pouvaient légitimer la compétence d'une loi étrangère, tandis que la subrogation légale résultant d'une *loi étrangère* est *écartée* par la Cour de Besançon (6), par référence, semble-t-il (7), au « principe » de l'inapplicabilité des lois de police étrangères (8).

Sans doute, s'agissant de l'application de lois étrangères, des décisions plus récentes ont-elles adopté des solutions plus justes : elles admettent le recours de Caisses de sécurité sociale étrangères contre le tiers responsable du dommage subi par l'assujetti (9), permettant ainsi l'effet de la subrogation légale étrangère, — solutions fondées il est vrai sur des textes spéciaux applicables dans les

(1) D'autant plus qu'aucun critère de rattachement de cette matière n'apparaît dans ces décisions.

(2) Civ. 1^{re}, 17 mars 1970, *Rev. crit.*, 1970.688, note Lagarde, *Clunet*, 1970.723, note La Pradelle (v. *infra*, n° 323).

(3) Cass., 20 février 1961, *Bull. civ.*, I, n° 108.87, *Rev. gén. ass. terr.* 1962.62, note A.B. (La loi du contrat d'assurance n'est pas déterminée).

(4) Paris, 19 décembre 1964, *Ballets Jérôme Robins*, *Rev. franç. dr. aérien*, 1965.346.

(5) Article 36, al. 1 : « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé jusqu'à concurrence de cette indemnité dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ».

(6) Besançon, 14 mai 1959, D., 1959.515, note Esmein, *Rev. crit.*, 1960.67, note Y. L., *Clunet*, 1960.778, note Bredin ; sur cet arrêt, v. *supra*, p. 171 et 172.

(7) Selon la Cour, il n'appartient pas aux juridictions françaises de fonder une condamnation contre un débiteur français, domicilié en France sur une loi de « droit public » et « d'ordre public » étranger.

(8) V. la critique de ce principe, *supra*, n°s 202 et s.

(9) Grenoble, 3 janvier 1966, *Clunet*, 1967.662, note Mme Ribettes (subrogation d'une caisse allemande). (La Cour s'appuie sur une décision de la Cour de Justice des Communautés du 11 mars 1965, relative à l'article 52 du Règlement n° 3, cité note suivante, *Gaz. Pal.*, 1965.1.436, *Rev. trim. dr. eur.*, 1965.687). Colmar, 15 novembre 1967, *Gaz. Pal.*, 1968.1., C.E.E. 6 (subrogation d'une caisse sarroise). V. pour la reconnaissance à l'étranger, de la subrogation légale française, Cour féd. de Karlsruhe, 26 avril 1966, *Gaz. Pal.*, 1967.1. C.E.E. 35, note Padis.

pays de la Communauté Economique Européenne (1). Mais en dehors même de telles données, la Cour de Rouen dans son arrêt du 20 mars 1968 (2) a admis en vertu de la loi fédérale américaine, le recours subrogatoire de l'Etat américain dans les droits de la victime contre le tiers responsable dans les termes suivants : « en droit international privé, il est de règle en France que *les droits acquis à l'étranger en vertu d'une loi de droit public* peuvent être valablement invoqués dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'ordre public » (3).

Si la formule — non reprise d'ailleurs dans l'arrêt de la Cour de cassation rejetant le pourvoi formé contre cette décision (4) — dément l'affirmation de la Cour de Besançon, elle montre néanmoins que l'idée selon laquelle la subrogation légale aurait le caractère d'une disposition de police persiste, même si les lois étrangères la prévoyant (5) sont effectivement appliquées.

Cependant, l'explication de cette conception — et non la justification de celle-ci, car elle est contestable (6) — peut être trouvée dans le fait qu'il ne s'agissait pas dans ces espèces, de subrogation légale ayant pour *origine* une assurance contractuelle mais des systèmes d'assurances sociales légales ou l'assistance fournie par un Etat étranger à un de ses ressortissants militaires victime d'un accident.

322. — Si la portée de ces décisions, où l'application de lois étrangères étaient en cause, était réduite aux cas de subrogation légale d'origine non contractuelle, les arrêts de la Cour de cassation et de la Cour de Paris cités plus haut pourraient alors signifier que *l'étendue* de la subrogation en droit français, et non la subrogation elle-même, a le caractère d'une disposition de police. En effet, ils semblent évoquer l'idée que la limite apportée à l'étendue de la subrogation de l'assureur par la loi française, s'impose quelle que soit la teneur de la loi « normalement » compétente, qui par

(1) Il s'agit de l'article 52 du règlement n° 3 relatif aux travailleurs migrants dans la C.E.E. qui prévoit que les conditions et les effets de la subrogation des caisses dans les droits de l'assuré contre le responsable sont régis *par la loi de l'institution débitrice* (Cf. WIBAULT, « Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflits de lois » *Droit social*, 1965.318). Ce règlement sera remplacé, à partir du 1^{er} février 1972, par le Règlement n° 1408.171 du 14 juin 1971, texte au J.C.P., 1971.III.38092.

(2) Rouen, 20 mars 1968, *Rev. crit.*, 1970.70, note Jambu-Merlin.

(3) *Rev. crit.*, 1970.71.

(4) Cf. l'interprétation de ce silence par LA PRADELLE, *Clunet*, 1970.934 et s., note sous Civ. 1^{re}, 17 mars 1970.

(5) V. pour un refus d'admettre la subrogation de la Républicaine cubaine en l'absence d'une législation cubaine la prévoyant, Paris 18 juin 1969, *Clunet*, 1970.923 note La Pradelle.

(6) V. les critiques faites *supra*, p. 171 et 172. Adde, LA PRADELLE, note préc. *Clunet*, 1970, p. 934.

une économie de moyens déjà constatée dans d'autres domaines, n'est même pas déterminée. Ce serait, alors, l'écho d'une idée reçue dans d'autres pays, selon laquelle la loi étrangère normalement compétente peut être écartée au nom de l'ordre public, lorsque la subrogation légale accordée par la loi étrangère *aggrave la situation du débiteur* de la créance, objet de la subrogation (1), idée qui apparaît également, quoique moins explicitement en France, dans un jugement récent du Tribunal correctionnel de Dieppe (2). Mais on pourrait également penser que la Cour de Paris, dans l'arrêt du 19 décembre 1964 (3), a retenu la compétence de la loi française au titre de loi applicable à la créance éteinte (4) puisque la responsabilité du transporteur à l'égard de l'assuré résultait d'un contrat de transport soumis à la loi française.

Cependant la motivation de la décision paraît faire prévaloir la première explication, dans la mesure où, après avoir reconnu la validité de la « subrogation conventionnelle » (5) stipulée par les parties au contrat d'assurance, — contrat vraisemblablement soumis à la loi américaine (6) —, la Cour fonde sa décision sur la « subrogation légale » de l'assureur résultant de l'article 36 alinéa 1 de la loi française. La *limite légale* française s'opposerait ainsi à l'étendue de la subrogation *stipulée conventionnellement*. Mais il faut bien reconnaître que cette interprétation est peut-être sans rapport avec la pensée des magistrats qui ont rendu la décision.

S'il est à la rigueur concevable que l'étendue de la subrogation de l'assureur fixée par l'article 36 alinéa 1 de la loi de 1930, soit une limite au-delà de laquelle les tribunaux français ne pourraient reconnaître l'effet subrogatoire d'une loi étrangère, — la loi française intervenant alors au nom de l'ordre public international et non au titre de loi de police —, encore faut-il préciser quelle serait la loi « normalement » compétente en la matière.

323. — Sans doute, la Cour de cassation dans son arrêt du 17 mars 1970 (7) affirme-t-elle l'autonomie de la subrogation

(1) V. notamment Trib. féd. Suisse, 22 septembre 1959, *Rev. crit.*, 1960.345, note J. F. Aubert, *Clunet*, 1961.228. Trib. féd. suisse, 27 novembre 1962, *Clunet*, 1966.159, obs. Lalive.

(2) Trib. corr. Dieppe, 7 mars 1967, *Gaz. Pal.* 1967.2.191.

(3) Paris, 19 décembre 1964, *Rev. franç. dr. aérien*, 1965.346.

(4) Sur ce rattachement, dans la jurisprudence ancienne, *supra*, p. 292.

(5) Celle-ci devrait normalement être appréciée selon la loi applicable au contrat d'assurance. (V. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 611, note 56).

(6) Le contrat d'assurance était en effet, semble-t-il, soumis à la loi américaine (police souscrite à New York — assureur américain).

(7) Civ. 1^{re}, 17 mars 1970, *Reyes/Etats-Unis d'Amérique*, D., 1970.499, *Rev. crit.*, 1970.688, note Lagarde, *Clunet*, 1970.723, note La Pradelle (rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de Rouen du 20 mars 1968, *Rev. crit.*, 1970, note Jambu-Merlin, cité *supra* n° 321).

légale en droit international privé, et admet-elle que celle-ci obéit à une règle de rattachement particulière (1), variable selon le domaine dans lequel elle est appelée à jouer, mais en une formule quelque peu énigmatique qui demande à être explicitée. En effet, si la subrogation légale est régie par la loi de l'institution pour le fonctionnement de laquelle elle a été créée, quelle est cette loi lorsqu'il s'agit de la subrogation de l'assureur contractuel dans les droits et actions de l'assuré contre le tiers responsable du dommage ?

Il semble que ce soit légitimement la loi du contrat d'assurance (2), bien que celle-ci soit expressément écartée dans l'arrêt, mais pour des motifs qui tenaient à la fois au fondement du recours subrogatoire en cause dans l'espèce et à la qualité du demandeur dans l'instance (3). Lorsqu'il s'agit d'assurance contractuelle, la subrogation légale de l'assureur est bien un élément de cette institution. Elle est un élément des prévisions des parties au contrat d'assurance, et il est normal que ces prévisions soient faites eu égard aux dispositions de la loi choisie par les parties. De plus, de même que l'étendue des obligations de l'assureur est déterminée par la loi du contrat d'assurance (4), l'étendue de ses droits, et par conséquent, la subrogation de celui-ci dans les droits de l'assuré, doit également relever de cette loi. La compétence de la loi du contrat est encore justifiée, si l'on considère que la subrogation est un effet attaché par la loi au paiement de l'indemnité (5), paiement fait en exécution du contrat d'assurance et qui est également soumis à la loi de ce contrat (6).

(1) V. également en Belgique, l'affirmation selon laquelle la subrogation légale « obéit à sa loi propre, celle qui régit le paiement opérant subrogation », Cass., 1^{re} Ch., 23 octobre 1969, *République Fédérale d'Allemagne/Bureau belge des assurances automobiles*, *Rev. crit.*, 1970.688, note Lagarde.

(2) Dans ce sens, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 612, note 56 ; BATIFFOL, *Contrats*, n° 541, p. 436, *Rev. crit.*, 1954.785, note sous Utrecht, 7 mai 1952, PICARD-BESSON, *Traité préc.*, t. I, n° 333, p. 460. — SCHNITZER *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4^e éd., t. II, 1958.658. Pour les décisions étrangères favorables à ce rattachement v., *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Assurances Terrestres*, n° 44. V. cependant l'intervention de la loi réelle pour les actions en revendications exercées par l'assureur subrogé, *op. cit.*, n° 45.

(3) Il s'agissait de savoir si l'Etat fédéral américain était subrogé dans les droits de la victime, et l'assureur était en l'espèce défendeur et non demandeur subrogé (cf. LAGARDE, note *Rev. crit.*, 1970.697).

(4) Douai, 21 juin 1955, *Rev. crit.*, 1956.71, note Y. Loussouarn.

(5) V. pour le rattachement de la subrogation légale à « la loi qui régit le paiement opérant subrogation » l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 23 octobre 1963, cité, *supra*, note 1.

(6) Un arrêt du Trib. féd. Suisse du 22 septembre 1959, pour justifier la compétence de la loi du contrat d'assurance, met en relief le fait que la subrogation constitue un effet secondaire d'un facteur principal, le paiement de l'indemnité, et qu'à ce titre la compétence d'une même loi s'impose. (V. cet arrêt, *Rev. crit.*, 1960.345, note J. F. Aubert, *Clunet*, 1961.228). Le tribunal écarte ainsi l'assimilation faite auparavant dans la jurisprudence suisse entre la subrogation légale et la cession de créance.

323 bis. — Il résulte de ces développements que si certaines matières, généralement regroupées sous le vocable de *conséquences légales du contrat*, ont un caractère apparemment suffisamment distinct du contrat pour qu'un souci de cohérence n'impose pas un rattachement à la loi du contrat, il faut pour admettre un rattachement aux lois de police que cette matière présente bien les caractères d'une disposition de police. Or, nous avons vu que ce n'était pas toujours le cas, dans les solutions de la jurisprudence française analysées dans ce paragraphe : les tribunaux méconnaissent parfois le caractère de police d'une disposition, pour persévérer dans un rattachement anachronique à la loi du contrat, alors qu'au contraire le caractère de police incertain d'une matière, ne justifie pas la compétence admise d'une loi qui n'est pas celle du contrat. La délimitation du domaine des lois de police et de la loi du contrat est plus délicate encore, lorsque le rattachement des lois de police interfère avec la compétence de la loi applicable au contrat, en matière de validité et d'exécution du contrat, ce qui se traduit par une dualité de rattachements.

§ 2. — Dualité de rattachements

324. — Dans la plupart des cas, le rattachement des lois de police va se superposer au rattachement de l'opération contractuelle à la loi du contrat. Il ne fait, en effet, pas de doute que le principe de la compétence de la loi du contrat, tel qu'il a été admis dans la première partie de ce travail doit être maintenu, car il reste néanmoins utile d'avoir un principe de solution générale qui assure la cohérence du régime des contrats internationaux. Mais il est également certain que les lois de police exercent une influence sur la validité et sur l'exécution des contrats, et c'est précisément parce que cette influence est particulièrement contraignante qu'il nous a paru nécessaire d'en favoriser une reconnaissance non soumise aux aléas des circonstances, par l'intermédiaire d'une véritable règle de rattachement. Sans doute arrivera-t-il que les *deux règles de rattachements* — celle relative aux contrats et celle relative aux lois de police — *désignent une même loi*, mais la compétence de *lois différentes* (1) en résultera également fréquemment (2).

(1) Il peut en résulter la compétence de plusieurs lois différentes. Mais en fait, le cas sera rare car il est peu fréquent que les juges aient à se prononcer sur plusieurs points à propos d'un même contrat.

(2) Cette conséquence découle logiquement des remarques faites précédemment (v., *supra*, n° 181). En effet, si les difficultés nées de l'existence des lois de police étaient liées au système de désignation de la loi applicable au contrat, il aurait suffi de modifier ce système. Or nous avons vu qu'une localisation objective du contrat était insuffisante à supprimer le problème qui tient à la complexité de l'opération contractuelle.

Ainsi dans la mesure où la loi de police désignée affecte la *validité du contrat*, celle-ci se trouvera soumise à la double compétence de la loi du contrat et de la loi de police en question. De même, des lois de police vont-elles s'imposer dans l'exécution des contrats et il faudra alors en tirer des conséquences, principalement quant à la *libération du débiteur*. Aussi conviendra-t-il de préciser ces deux points, non pas en donnant une liste exhaustive des lois de police mais en faisant apparaître les exemples les plus caractéristiques de celles-ci.

A. — LA VALIDITÉ DU CONTRAT.

325. — L'intervention des lois de police sur la validité du contrat prend des formes extrêmement variées, ne serait-ce qu'en raison de l'hétérogénéité, déjà signalée de cette catégorie. Malgré leur diversité, on peut tenter de les regrouper en fonction de leur mode d'intervention sur le contrat.

326. — Ce peut être tout d'abord les dispositions qui répondent à la notion de « *police formaliste du contrat* » (1). Le dirigisme étatique, a, en effet, entraîné une renaissance du formalisme (2) qui semble mal s'accommoder du caractère facultatif reconnu à la règle *locus regit actum* (3). La notion de police formaliste du contrat n'a cependant pas eu beaucoup d'échos dans la jurisprudence (4). La question avait été évoquée dans l'affaire *le Kid* devant la Cour de Paris (5), mais celle-ci a refusé de considérer les conditions de forme imposées par les décrets de 1971 relatifs aux cessions du droit de représentation de spectacles comme des dispositions de police et de

(1) Sur l'existence d'une telle catégorie, v. GOLDMAN, *Clunet*, 1960.128, obs sous Paris, 29 avril 1959, sp., p. 144, MALAURIE, *JCL. Int.*, fasc. 551 B. n° 91 et s., SIALLELI, *Clunet*, 1959.148.

(2) V. sur ce point LOUSSOUARN « Les conséquences en droit international privé du développement du rôle de l'Etat », *Etudes de droit contemporain*, IV^e Congrès international de Droit comparé, Hambourg, 1962, Editions Cujas, p. 293 et s., sp. 301.

(3) Ce n'est d'ailleurs pas le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* qui est gênant, mais le fait que le point de rattachement a lui-même un caractère facultatif, puisqu'il est fixé librement par les parties. Aussi, même la compétence de la loi du contrat ne peut-elle effacer les difficultés en cette matière.

(4) V. le rejet implicite de cette notion relativement aux formes imposées dans la vente d'un fonds de commerce, Civ., 28 juin 1966, *Rev. crit.*, 1967.334, note Batiffol. (L'article 12 de la loi du 29 juin 1935 qui prescrit la mention de certaines indications dans l'acte de vente est appliqué au titre de loi applicable au contrat, alors qu'il s'agissait de la vente d'un fonds de commerce situé à l'étranger).

(5) Paris, 29 avril 1959 *Le Kid*, *Rev. crit.*, 1959.484, note Loussouarn, *Clunet.*, 1960.128, note Goldman, D., 1959.402, note Lyon-Caen et Lavigne, J.C.P., 1959.II. 11.133, concl. Souleau.

sûreté (1), faute de comporter « des sanctions pénales ou d'ordre administratif » (2). Au demeurant, si les critères paraissent trop restrictifs, la solution n'est pas contestable (3). Mais il semble que la notion de « police formaliste du contrat » ne soit pas totalement à rejeter, celle-ci pouvant d'ailleurs être prise dans un sens plus ou moins large. On peut notamment comprendre dans cette catégorie, les conditions de forme imposées dans les contrats « fortement » dirigés pour des raisons économiques et sociales, tels les contrats d'assurance (4) ou de travail (5). Celles-ci répondent en effet à des considérations sensiblement différentes de celles qui conduisent généralement à édicter des règles de forme (6). On pourrait également penser que les autorisations administratives exigées par les législations de change font partie de la police formaliste du contrat, notamment les licences d'importation ou d'exportation, les autorisations de cession ou d'acquisition de biens par un non-résident ou même d'investissement, ou encore les autorisations concernant

(1) En première instance, le Tribunal de la Seine l'avait admis (Trib., Seine, 15 février 1958, J.C.P., 1959.II.11.133 concl. Souleau et note Savatier, D., 1958.682, note G. Lyon-Caen).

(2) *Rev. crit.*, 1959.487.

(3) V. dans ce sens Goldman, obs., *Clunet*, 1960.144.

(4) Ainsi par exemple, les dispositions du décret du 30 octobre 1935 qui prescrivait à peine de nullité de *mentionner sur un répertoire*, dans le mois de leurs dates « tous les contrats souscrits ou exécutés (par les entreprises étrangères d'assurance agréées en France) en France ou concernant une personne, un bien ou une responsabilité située en France ».

(5) Bien que ce soit assez rare, les contrats de travail étant le plus généralement conclus sans formalités particulières (v. sur ce point Mme SIMON-DEPITRE, « Droit du travail et conflits de lois », *Rev. crit.*, 1958.285 et s., sp. p. 305, note 5). Peut-on considérer l'exigence d'une *carte de travail* délivrée par l'autorité administrative, comme un exemple de police formaliste du contrat ? On sait, en effet, qu'en France, le contrat de travail conclu par un salarié étranger *est nul* s'il n'a pas cette carte (sur ce point et sur les sanctions du défaut des autres cartes professionnelles, v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité* n° 166 bis, *adde*, les exceptions dans le cadre de la C.E.E., n° 189 bis). C'est, certes, un exemple type d'institution de police, mais en définitive de *police interne* du pays, qui n'entre pas dans la *catégorie de rattachement des lois de police* sur le plan international, bien que nous ayons admis que, d'une manière générale les matières considérées en France comme relevant de la condition des étrangers, pouvaient légitimement être comprises dans la catégorie des lois de police. Mais en réalité cette restriction s'explique fort bien : il ne s'agit pas dans ces cas de rapports internationaux soumis aux règles de conflits de lois parce que la nationalité est un élément d'*extranéité insuffisant* pour rattacher ces relations contractuelles à l'ordre international. La même remarque vaut généralement pour les matières comprises dans la notion de *police administrative du travail*, bien qu'on admette qu'elles relèvent des lois de police et de sûreté de l'article 3 du Code civil (v. sur ce point, Mme SIMON-DEPITRE, art. préc., *Rev. crit.*, 1958.292).

(6) Sur cette considération relativement aux règles de forme en droit du travail, v. GAMILLSSHEG « Les principes du droit du travail international », *Rev. crit.*, 1961.478. L'auteur montre que la forme a, en droit du travail, des fonctions protectrices qui diffèrent des exigences de forme en général, même si elles sont également destinées à protéger les parties, soit contre leur précipitation, soit en réservant des possibilités de preuve.

des opérations monétaires (1). Mais le plus souvent ces autorisations ne sont pas des conditions de formation et de validité du contrat, et ne visent que l'exécution matérielle des livraisons (2) ou le règlement des obligations monétaires (3). Et au demeurant, même lorsqu'elles conditionnent véritablement la validité des contrats soumis à autorisation, ce qui paraît être le cas dans certaines législations étrangères, il n'est pas réaliste d'y voir des conditions de forme (4), au surplus, le rattachement particulier à titre de lois de police des législations de change est suffisant à en assurer la reconnaissance (5). Aussi en définitive, la notion de police formaliste du contrat ne paraît-elle pas avoir un domaine très étendu (6).

327. — D'autres dispositions de police peuvent avoir une incidence sur la validité du contrat, dans la mesure où elles fixent

(1) En ce qui concerne la législation française, il n'est évidemment pas question d'en donner ici le contenu détaillé, ne serait-ce qu'en raison des modifications incessantes dont elle est l'objet. Il suffit de rappeler que la législation issue du D.L. du 9 septembre 1939 (D.P., 1939.4.453) et de ses textes d'application principalement, codifiée par le décret du 15 juillet 1947 (J.C.P., 1947.II.16367 et 2369) a été abrogée dans sa majeure partie par la loi du 28 décembre 1966 (D., 1967, L. 30), qui posait notamment le principe de la liberté des relations financières entre la France et l'étranger. Mais devant les nécessités, le Gouvernement, usant de la faculté que lui offrait l'article 3 de cette loi, a dû à deux reprises en 1968 rétablir en France un contrôle des changes, et en dernier lieu depuis le décret du 24 novembre 1968 (D., 1968.325). Sur les deux catégories de règles actuellement en vigueur, les unes de caractère permanent, les autres en principe provisoires et qui sont, il est vrai, sans cesse modifiées, cf. Eck, *V° Change in Rép. Dalloz, dr. int. et mise à jour*.

(2) C'est le cas notamment en France pour les licences d'importation ou d'exportation. V. dans ce sens MALAURIE, obs. *Clunet*, 1966.142 et PÉDAMON, D., 1958.101. Il faut cependant remarquer que la jurisprudence, comme la doctrine d'ailleurs, est loin d'être unanime sur la portée qu'il convient de donner à l'exigence d'autorisations administratives en matière de licences. Cf. notamment ROBLOT « Les répercussions de la réglementation française des changes sur la formation et l'exécution des obligations », *Droit social*, 1954.129 et s., spéc. p.131 et s. et J. Ph. LÉVY, *J.-Cl. Civil.*, art. 1895, fasc. C 2, n° 20, et note *Clunet*, 1969.366, sous Civ., 19 juillet 1968, *Périnat/Pugin*.

(3) C'était en effet semble-t-il le cas de la plupart des dispositions du décret du 15 juillet 1947 codifiant la législation française des changes, aujourd'hui abrogé, même si certains ont pu penser qu'elle pouvait avoir un effet sur la validité même des clauses monétaires. Cf. dans le même sens, J. P. Eck, « Place actuelle de la théorie du paiement international dans le droit monétaire français », *Rev. crit.*, 1964.441 et s. Il faut noter qu'en ce domaine comme dans celui évoqué dans la note précédente, les divergences doctrinales comme l'extrême confusion de la jurisprudence n'ont guère permis d'élucider la question (cf. *infra*, note 1, p. 309).

(4) C'est qu'en effet dans la mesure où les règles de forme peuvent présenter le caractère de lois de police, elles sont tellement liées au fond de la matière qu'elles en sont indissociables. C'est pourquoi, voir des conditions de forme dans l'exigence d'une autorisation administrative, relève d'une conception très large de la notion de forme.

(5) V. *infra*, nos 330 et s.

(6) V. dans ce sens, MALAURIE, *J.-Cl. Int.*, fasc. 551 B, p. 97 et s.

impérativement le contenu de certains contrats, telles les dispositions relatives aux salaires dans le contrat de travail (1) ou celles relatives aux loyers dans le contrat de bail (2).

C'est précisément en cette dernière matière que les tribunaux français ont exprimé le plus nettement l'idée qu'un même rapport pouvait être soumis à deux lois différentes : la loi applicable au contrat de bail dans son ensemble, la loi de police compétente en matière de loyers. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1953 (3) l'avait admis implicitement en invoquant la « territorialité » (4) des lois sur les loyers, pour refuser la possibilité de réaliser un échange entre des appartements situés en France et en Algérie en vertu des articles 1 et 69 de la loi du 1^{er} septembre 1948. La Cour de Paris dans un arrêt du 10 juin 1967 (5) l'a affirmé encore plus expressément (6) en ces termes : « *Le contrat de bail qui fait naître pour le preneur l'obligation personnelle de payer le prix du loyer en donnant au bailleur un droit de créance n'est pas forcément soumis à la loi de la situation du bien, sauf lorsqu'il s'agit de déterminer le prix du loyer et d'appliquer par suite l'une des règles d'ordre public qui régissent cette matière spéciale dite des loyers...* »

Sans doute, la Cour énonce-t-elle surtout un principe puisqu'en l'occurrence il semble que la loi française du contrat ait été appliquée (7). La décision fait néanmoins allusion à la loi « algérienne » du lieu de situation du bien, dans la mesure où est invoquée l'inutilité de fixer le montant du loyer conformément à la loi du 30 décem-

(1) Cela paraît être le cas des dispositions relatives au montant minimum des salaires ou à l'échéance des salaires (v. dans ce sens, Mme SIMON-DEPITRE, « Droit du travail et conflits de lois », *Rev. crit.*, 1958, p. 292). A vrai dire, le rattachement de ces dispositions à la loi du lieu d'exécution du travail ou à la loi du siège de l'entreprise lorsque le travail ne s'effectue pas en un point fixe, paraît tellement évident qu'on imagine mal qu'un litige puisse naître à ce propos. De plus, il faut remarquer que ce type de dispositions concernent le plus souvent uniquement les travailleurs des catégories « inférieures ». Or dans cette hypothèse, il sera extrêmement rare que les éléments d'extranéité soient suffisants pour qu'il y ait une relation de travail « internationale » soumise aux règles de conflit.

(2) Dans ce sens, BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 576, BATIFFOL, note *Rev. crit.*, 1953.581. V. également NIBOYET, S., 1933.1.17, note sous Civ., 31 mai 1932.

(3) Soc., 16 janvier 1953, *Sabatier/Salort*, *Rev. crit.*, 1953.581, note H.B., D., 1953.198.

(4) Il semble d'ailleurs qu'ici la notion de territorialité soit employée à bon escient car il est nécessaire pour que joue la possibilité d'échange que les deux appartements soient situés sur le même territoire.

(5) Paris, 10 juin 1967, *Association Prohuza...*/ *Dr cabannes*, D., 1969.221, concl. Granjon, *Clunet*, 1968.100, obs. Dayant.

(6) V. la note de M. Dayant (*Clunet*, 1968.100), qui parle à cet égard de « consécration de la police du contrat ». Mais il fait appel à la notion de loi d'application immédiate, et estime ainsi que la solution est donnée sans qu'intervienne une règle de conflit.

(7) Le principal intérêt de la décision était de déterminer le lieu de paiement du loyer et la monnaie dans laquelle le locataire devait se libérer (celui-ci prétendait se libérer en dinars algériens, ce que la Cour refuse).

bre 1950 qui appliquait à l'Algérie des dispositions analogues à celles de l'article 37 de la loi du 1^{er} septembre 1948 (1).

Il semble en conséquence qu'on puisse légitimement penser que la *loi du lieu de situation du bien* serait appliquée, indépendamment de la loi applicable au contrat de bail, au titre de *loi de police* pour fixer les limites de la liberté des parties quant à la détermination des loyers. Ce n'est évidemment qu'un point de détail, mais avant d'évoquer l'incidence sur la validité des contrats de lois de police dont la portée est plus générale, il paraît intéressant d'évoquer une décision récente de la Cour de Paris, où, dans une matière également particulière, apparaît l'idée d'une compétence impérative d'une loi autre que celle du contrat.

328. — Un arrêt de la Cour de Paris du 26 mars 1966 (2) paraît en effet avoir reconnu l'existence de *lois de police dans le droit des sociétés* qui peuvent exercer une influence sur la validité de certains contrats. En l'espèce, le Président-Directeur Général d'une société ayant son siège social en France — la société « l'Aliment sain » — avait en 1951 à Casablanca, donné la société en caution d'une de ses dettes personnelles envers la Banque populaire de Casablanca, ce que l'article 40 alinéa 5 de la loi de 1867 interdisait (3). La Société « l'Aliment Sain » ayant demandé la nullité de l'engagement sur ce fondement, le Tribunal de commerce de la Seine rejeta sa demande au motif que « les dispositions de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 (n'étaient) pas d'ordre public », et qu'elles n'existaient pas dans la loi marocaine du lieu où l'acte avait été passé (4). La Cour de Paris infirma cette décision et prononça la *nullité du cautionnement par application de la loi française*, compétente en tant que loi applicable à la société et à son fonctionnement (5). Pour justifier la solution, la Cour se réfère à la conception institutionnelle de la société (6), dont le fonctionnement est dans tous les systèmes

(1) Pour ce faire, la Cour relève que le loyer fixé par accord amiable n'a pas été contesté, et que, s'agissant d'une personne morale exerçant une activité désintéressée, l'existence d'un accord exclut toute détermination judiciaire du loyer (v. D., 1969.227).

(2) Paris (3^e Ch.), 26 mars 1966, *Sté française d'Alimentation saine/Banque populaire de Casablanca*, *Rev. crit.*, 1968.58, note Y. Loussouarn, *Clunet*, 1966.841, note Goldman.

(3) La question conserve un intérêt puisque la loi du 24 juillet 1966 reproduit dans son article 106 les mêmes interdictions que l'ancien article 40.

(4) On peut s'étonner de trouver encore actuellement de telles références à la règle *locus regit actum*, lorsqu'il s'agit de la loi applicable au fond d'un contrat.

(5) La Cour adopte pour déterminer cette loi le critère du *siège social* de la société qui était également en l'espèce le siège réel.

(6) V. les motifs de la décision, in *Rev. crit.*, 1968.60. Près d'un an plus tôt, la même Chambre de la Cour de Paris avait au contraire opté pour la thèse contractuelle de la société, v. Paris, 3^e Ch., 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *Rev. crit.*, 1967.332, note Loussouarn ; *Clunet*, 1966.117, note Goldman ; V. également Paris, 1^{re} Ch., 17 mai 1967, *Clunet*, 1967.874, note Loussouarn.

juridiques réglé par des dispositions légales impératives, qui ont pour effet de limiter l'autonomie des parties tant sur le plan interne que sur le plan international

Si la solution paraît en elle-même exacte dans la mesure où elle fait application de l'article 40 de la loi française, nous semble-t-il à titre de loi de police, indépendamment de la loi applicable au cautionnement (1), la motivation de la décision est sur différents points, soit équivoque soit inexacte.

329. — En effet, lorsque la Cour entend limiter l'autonomie des parties, on peut se demander si elle vise le contrat de société lui-même ou les contrats que la société est susceptible de passer dans ses activités. Or si l'autonomie des parties ne paraît pas jouer en matière de contrat de société, il n'en est pas de même pour les contrats passés par la société qui, eux sont soumis à la règle de l'autonomie de la volonté en droit international privé, sauf respect des conditions posées par les statuts ou par la loi de la société pour que la société soit engagée. Pour être plus exact, le point de départ du raisonnement de la Cour aurait dû être *le contrat de cautionnement et non le contrat de société*. Il en résulte que seule la prohibition de l'article 40 de la loi de 1867 est applicable au cautionnement, parce que cette disposition est effectivement relative au fonctionnement de la société (2), mais sur d'autres points, le contrat pouvait incontestablement relever d'une autre loi. Procéder à un tel raisonnement peut sans doute paraître inutile puisque le point litigieux était précisément de savoir si l'article 40 devait ou non s'appliquer, mais il n'en reste pas moins que la décision est équivoque.

Sur un autre point, la motivation de la décision est assez contestable, d'autant qu'elle était inutile et pouvait difficilement se superposer à la précédente. La Cour semble, en effet, admettre que les dispositions de l'article 40 constituent une règle de *capacité* rattachée à la loi de la société, par une assimilation au statut personnel des personnes physiques. Compte tenu de cette qualification, elle recherche si les correctifs apportés par la jurisprudence Lizardi (3) à la compétence de la loi personnelle, pouvaient en l'espèce jouer en faveur de la banque bénéficiaire du cautionnement (4).

(1) La loi applicable au cautionnement pouvait légitimement être la *loi marocaine*, non pas par application de la règle *locus regit actum*, à laquelle la décision de première instance avait fait allusion, mais parce que les obligations garanties par le cautionnement relevaient probablement de la loi marocaine où l'activité personnelle du Président-directeur général était localisée si on admet que la loi applicable au cautionnement est le plus généralement la loi de l'obligation garantie, même s'il peut être soumis à une loi propre.

(2) Dans ce sens LOUSSOUARN, note *Rev. crit.*, 1968.64 ; GOLDMAN obs. *Clunet*, 1966.846.

(3) Req., 16 janvier 1861, D.P., 1861.1.193.

(4) En l'occurrence la Cour recherche si l'ignorance de la teneur de la loi française était ou non excusable.

Or cette recherche même est contradictoire avec les motifs qui ont conduit préalablement la Cour à retenir la compétence de l'article 40. De plus, il n'est pas contestable que l'interdiction pour un administrateur de se faire cautionner par la société n'est pas une règle de capacité ni même de pouvoirs de ses organes (1), mais une *règle de fond* prohibitive destinée à protéger la société ou plus généralement les actionnaires de la société (2).

Malgré ces objections relatives à la motivation de la décision de la Cour de Paris du 26 mars 1966, la solution repose sur une intuition exacte, à savoir que si certaines règles paraissent au premier abord relever du droit des contrats, et donc de la loi applicable au contrat, leur rattachement est en définitive commandé par leurs liens avec une institution dont la réglementation s'impose même sur le plan international. Ainsi certaines règles relatives au droit des sociétés seront-elles appliquées à titre de lois de police concurrentement avec la loi du contrat, et pourront entacher la validité de celui-ci.

330. — D'autres lois de police, de caractère économique plus marqué et qui ont une portée plus générale, vont également exercer une influence sur la validité des contrats internationaux, telles notamment les *législations anti-trusts* (3) et les *législations de change*.

C'est évidemment relativement à ces dernières que le rattachement particulier des lois de police aurait les conséquences les plus nettes,

(1) V. dans ce sens LOUSSOUARN, *Rev. crit.*, 1968.64; GOLDMAN, *Clunet*, 1966.846.

(2) Il est nécessaire à cet égard de distinguer les *interdictions* édictées par l'article 40 et les *formalités* imposées par ce même article (reprises dans l'art. 101 de la loi de 1966) relativement aux contrats passés entre les administrateurs et la société (autorisation du conseil d'administration, rapport des commissaires aux comptes et approbation par l'assemblée générale). Ces dernières sont à la fois des règles de protection de la société et des règles d'habilitation des organes sociaux à passer certains contrats, et qui en tant que telles pourraient à la rigueur être qualifiées de règles de capacité.

(3) Il est évident que la validité d'une convention de cartel ne peut dépendre uniquement de la loi choisie par les parties à la convention et qu'elle dépendra également de la loi anti-cartel du pays dans lequel la convention produit ses effets (v. dans ce sens, ZWIGERT, « Droit international privé et Droit public », *Rev. crit.*, 1965.656 et s. et *supra*, n° 288, sur le rattachement des lois anti-cartels). Cf. cependant les réserves de M. VAN HECKE, « Le droit anti-trust : aspects comparatifs et internationaux », *Rec. Cours La Haye*, 1962, t. 106, vol. II, p. 257 et s. L'auteur estime (*op. cit.*, 337) que le droit antitrust ne sera applicable que s'il fait partie de la *lex contractus* (effet direct) ou en raison de ses *effets réflexes* dont la *lex contractus* entend tenir compte (effet indirect). En faveur de la seule compétence de la loi du contrat, v. PLAISANT, « Les ententes économiques en droit international », *Etudes de Droit contemporain*, III^e et IV^e Congrès de Droit comparé, Sirey, 1959, p. 325 et s., spéc. p. 335. — Notons toutefois que le problème se pose différemment dans les pays membres de la C.E.E., en raison de l'article 85 du Traité de Rome, cf. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 1970, nos 235 et s., nos 673 et s.

encore que les Accords de Bretton Woods pourraient en atténuer la signification, du moins entre pays membres du Fonds Monétaire International.

331. — Nous avons vu, en effet, qu'en vertu de ces Accords, les tribunaux des Etats-membres ne pouvaient reconnaître les effets des contrats conclus en violation d'une législation de change de l'un quelconque des Etats-membres du Fonds Monétaire International (1). Dans ce cas, la notion de *rattachement des législations de change sur le plan international peut sembler perdre quelque peu de son intérêt* (2). Cela apparaît de façon assez caractéristique dans la première décision française fondée sur l'article VIII 2b des statuts du F.M.I., rendue par la Cour de Paris le 20 juin 1961 (3). Alors que le Tribunal de grande instance de la Seine avait refusé d'accorder l'exequatur à une décision de la Cour d'Amsterdam (4), pour n'avoir pas fait application de la loi compétente selon les règles de conflits françaises — la loi française en l'espèce (5) —, la Cour de Paris estima qu'en vertu de l'article VIII 2 b, « elle ne saurait refuser effet à des décisions hollandaises fondées sur les dispositions du décret du 10 octobre 1945, pour le motif... que les juridictions étrangères n'auraient pas respecté la règle française de conflit ».

La décision est d'autant plus intéressante qu'on ne voit guère quelle aurait été la règle de conflit française en l'occurrence (6) puisque la jurisprudence française ne se soucie guère sauf quelques rares exceptions, de faire appel aux règles de conflits, lorsqu'il

(1) V. *supra*, n^{os} 228 et s.

(2) Dans ce sens, notamment, G. DELAUME, « De l'élimination des conflits de lois en matière monétaire réalisée par les statuts du Fonds Monétaire International et ses limites », *Clunet*, 1954.332. Cela n'apparaît pas cependant dans la jurisprudence étrangère où les tribunaux s'attachent toujours à justifier la compétence de la loi du contrat en cette matière (v. *infra*, n^o 332).

(3) Paris, 20 juin 1961, *De Boer/Ducro et autres*, *Rev. crit.*, 1962.67, note Loussouarn ; *Clunet*, 1962.618 et 666, note Gold et Lachman. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 4 mai 1965 (inédit).

(4) Celle-ci avait annulé la cession de parts sociales de la Société Gutenberg faite par un résident néerlandais, Pieter Moojen, en violation de la *réglementation des changes néerlandaise* qui interdisait, sauf autorisation de la *Nederlandse Bank*, les opérations effectuées sur des valeurs étrangères par des personnes physiques ayant leur domicile aux Pays-Bas ou y séjournant ordinairement.

(5) La compétence de la loi française était invoquée au motif qu'il s'agissait de la cession de parts sociales d'une société qui avait pour objet l'exploitation d'un immeuble d'habitation situé à Boulogne.

(6) Il est vrai que le Tribunal de grande instance de la Seine faisait sans doute allusion à la règle de conflit française relative aux *cessions de parts sociales* et non à une règle de conflit française relative aux *législations de change*. Mais ceci montre néanmoins l'intérêt d'un rattachement particulier des législations de change : même si la validité de la cession devait être appréciée selon la loi française (désignée par la règle de conflit relative aux cessions), elle devait également être appréciée au regard de la loi néerlandaise (désignée par « la » règle de conflit relative aux législations de change).

s'agit d'obligations monétaires ou de rapports réglementés par des législations de change (1). Ainsi, en *France*, l'article VIII 2b semble produire des effets sensiblement équivalents à ceux qui résulteraient de l'adoption d'une règle de conflit particulière relative aux législations de change. Mais une évolution semblable concernant les législations de change des pays non-membres du Fonds Monétaire International paraît encore relever du domaine de l'hypothèse.

332. — On peut d'ailleurs remarquer qu'à *l'étranger*, la prise en considération d'une loi de change qui ne ferait pas partie du système juridique applicable au contrat, c'est-à-dire un rattachement particulier des législations de change sur le plan international, n'est pas davantage acceptée par les tribunaux, ce même lorsqu'on se trouve dans les conditions d'application de Bretton Woods.

Alors qu'avant les Accords de Bretton Woods dans la plupart des pays, il était admis que seule la législation de change de la *lex contractus* pouvait entacher la validité d'un contrat (2), sauf naturellement l'intervention de l'ordre public, depuis les Accords de Bretton Woods, les tribunaux s'attachent toujours à démontrer que la législation de change étrangère reconnue par l'effet de l'article VIII 2b, *fait partie de la loi applicable au contrat* (3), et lorsque ce n'est pas le cas, écartent toute influence de cette législation (4). Or il ne paraît pas contestable que les termes mêmes de l'article VIII 2b et de l'interprétation donnée par l'assemblée du Fonds Monétaire International (5), ne limitent pas l'obligation de prendre en considération la législation de change d'un Etat-membre, à la seule loi du contrat.

Cette interprétation restrictive montre bien que le rattachement des lois de change à titre de loi de police au côté de la loi du contrat, n'est pas sur le point d'être reconnu par les tribunaux. Il est vrai que ce n'est pas d'une grande importance lorsque la législation de change du système juridique applicable au contrat est bien celle qui en définitive a une incidence sur la validité du contrat. Néan-

(1) Toutes les décisions récentes rendues en matière de législations de change maintiennent cette ignorance des règles de conflits qu'elles fassent ou non appel à l'article VIII-2 b, v. *supra*, n° 229 et s.

(2) V. sur ce point, notamment MEZNERICS, « Application of Foreign Exchange Laws by Foreign Courts », *Acta Juridica*, Budapest, 1963, p. 58 et s.

(3) V. notamment, en Grande-Bretagne, les deux arrêts de la Chambre des Lords du 20 octobre 1949, *Zivnostenska Banka/Frankman et Kahler/Midland Bank Ltd*, *Clunet*, 1950.657 et 665. Aux Etats-Unis, Cour d'appel de New York, 9 janvier 1953, *Mary Perutz/Bohemian Discount Bank*, *Clunet*, 1953.796, note Delaume et Gold, *Int. and Comp. Law Q.*, 1953.97, note Mann; Cour d'appel de New York, 8 juillet 1959, *Southwestern shipping corporation/National City Bank of New York*, *Rev. crit.*, 1962.63, note Loussouarn.

(4) V. notamment, Cour d'appel de New York, 20 juillet 1951, *In re Libel's Estate*, *Clunet*, 1952.711, note Lelièvre; en Autriche, O. G. H., 11 août 1953, *Clunet*, 1957.102.

(5) V. *supra*, notes 2 et 3, p. 196.

moins, ceci pourrait s'expliquer par le fait que les législations de change n'ont souvent pas d'influence sur la validité des contrats mais sur leur exécution ou, plus exactement, sur l'exécution des règlements monétaires qu'ils entraînent (1). L'aspect le plus important de la question étant de savoir si le débiteur est libéré de ses obligations par l'effet des prescriptions d'une législation de change ne faisant pas partie de la loi applicable au contrat, elle sera abordée dans le second point de ce paragraphe consacré à l'effet des lois de police sur la libération du débiteur.

B. — LA LIBÉRATION DU DÉBITEUR.

333. — La libération du débiteur relève normalement de la loi applicable au contrat. C'est, en effet, la conséquence logique du principe selon lequel l'étendue des obligations du débiteur comme les causes d'exonération de celui-ci sont déterminées par la loi du contrat (2). S'il a été néanmoins admis que le débiteur pouvait être déchargé par l'effet d'une loi différente, ce n'était que lorsque l'influence de cette loi répondait aux causes d'exonération prévues par la loi du contrat et notamment lorsqu'elle présentait les caractères d'un événement de force majeure requis par la loi du contrat (3).

Mais le rattachement des lois de police sur le plan international paraît avoir pour principale conséquence d'élargir les cas où la libération du débiteur peut intervenir en dehors des causes prévues par la loi du contrat, *à condition toutefois que la loi de police compétente prescrive elle-même la libération du débiteur*. Ce n'est pas alors par une influence de fait d'une loi autre que celle du contrat que le débiteur est libéré, mais par les effets de droit de la loi de police elle-même. Deux points retiendront ici particulièrement notre attention, soit en raison de leur grande importance pratique, soit en raison de leur proche actualité, *l'effet des lois de police monétaire* (4) 1), et *l'effet des nationalisations sur la libération du débiteur* 2).

1. *L'effet des lois de police monétaire sur la libération du débiteur*

334. — Les lois de police monétaire peuvent intervenir de manières diverses sur l'exécution des obligations du débiteur prévues au contrat.

(1) V. *supra*, p. 300 et les références citées en note.

(2) V. *supra*, n° 145.

(3) V. *supra*, n° 145.

(4) L'expression « lois de police monétaire » est prise ici dans un sens large et recouvre à la fois les lois strictement monétaires et les législations de change.

Ce sont principalement les lois monétaires qui prescrivent un paiement en monnaie locale, contrairement au règlement stipulé par les parties en monnaie étrangère, ou celles qui entraînent une dévaluation de la monnaie de compte, telles notamment les lois abrogatives des clauses-or, ou encore les législations de change qui interdisent le transfert des instruments de paiement ou qui prescrivent un paiement en compte bloqué. Dans la mesure où un rattachement particulier des lois de police monétaire est admis, il paraît logique de reconnaître que le débiteur puisse être libéré en vertu de celles-ci, c'est-à-dire en vertu de la *loi du lieu de paiement*, ou lorsque la prescription est liée à l'intervention d'une autorité de change, en vertu de la *loi du lieu de résidence du débiteur*, ceci évidemment à une condition : que la loi ainsi compétente libère elle-même le débiteur de son obligation.

Ainsi la libération du débiteur pourrait-elle résulter de la loi applicable dans son ensemble au contrat et également de la loi de police monétaire.

335. — Comme on peut s'en douter, ce type de solution n'apparaît pas avec évidence dans la jurisprudence française. Celle-ci, on le sait, ne fait que rarement appel aux règles de conflit (1) dès qu'un contrat international comporte des prestations monétaires (2), et lorsqu'elle paraît le faire, c'est le plus souvent pour éviter l'application de la loi monétaire qui aurait une vocation légitime à s'appliquer (3). Ainsi manifeste-t-elle une égale réticence à l'égard des lois monétaires françaises et des lois monétaires étrangères (4).

Néanmoins, il n'est pas inintéressant de rechercher dans la jurisprudence quel sort a été fait aux rattachements proposés, quant aux divers modes d'intervention des lois de police monétaire, ce d'autant plus que les difficultés peuvent parfois être accrues (5)

(1) Cf. en matière de *validité* des clauses monétaires, *infra*, note 1, p. 309. Si au terme de son évolution la question n'est toujours pas réglée en termes de conflit de lois, la prise en considération du droit français par la jurisprudence équivaut à une compétence de la loi française en tant que loi du lieu de paiement ou du lieu de résidence d'un ou des contractants.

(2) Il importe ici de rappeler une distinction faite jusqu'à une période récente par la jurisprudence, celle de « *contrat international* » et de « *règlement international* ». Est international le contrat dont les éléments d'extranéité sont suffisants pour qu'il soit soumis à la règle de conflit relative aux contrats. Est, ou plutôt était international, le règlement qui par ses caractéristiques économiques pouvait selon la jurisprudence française être soustrait à toute emprise des lois monétaires positives. Mais cette notion de règlement international, fondé du moins sur le critère Matter, a perdu de son intérêt, dans la mesure où il n'obéit pas à un régime très différent de celui du *règlement interne* (cf. la note 1, p. 309).

(3) V. en matière d'*exécution* des clauses monétaires *infra*, nos 338 et 339.

(4) Sur la réticence générale des tribunaux à l'égard des lois monétaires étrangères, v. *supra*, nos 203 et s.

(5) La validité des clauses monétaires étant ainsi admise plus libéralement, leur exécution peut se heurter davantage aux prescriptions impératives de la loi du lieu d'exécution.

par le fait que précisément la *validité* des clauses monétaires n'est pas appréciée au regard d'une loi positive déterminée (1).

a) *Interdiction et refus d'autorisation de transfert.*

336. — L'influence sur la libération du débiteur des interdictions de transfert ou des refus d'autorisation par les autorités de change du lieu de résidence du débiteur nous retiendra peu. En effet, pour que les lois qui portent de semblables dispositions libèrent le débiteur

(1) Sauf exceptions (notamment Civ., 21 juin 1950, *Mouren*, *Rev. crit.*, 1950.609, note Batiffol), la jurisprudence française ne s'est guère placée sur le terrain des conflits de lois pour apprécier la licéité des clauses monétaires insérées dans un contrat international, où la compétence de la loi du contrat est légitime. Faisant appel à une *règle matérielle* spéciale à l'ordre international, elle admettait que ces clauses étaient valables dès qu'il y avait *règlement international* comportant, selon le critère proposé par le Procureur général Matter dans l'affaire *Pélissier du Besset* (Civ., 17 mai 1927, S., 1927.1.289, note P. Esmein, D.P., 1928.1.25, note Capitant), un double mouvement le flux et reflux par dessus les frontières, critère qui n'était d'ailleurs pas d'une utilisation aussi universelle qu'on a voulu le dire. En toutes hypothèses, cette solution a paru, pour certains, devoir être remise en cause par l'instauration en France d'une *légalisation de change* en 1939, codifiée par le décret du 15 juillet 1947, législation dont les critères auraient dû se substituer à celui de la jurisprudence. La controverse n'a jamais pu être close sur ce point, du fait de l'extrême confusion des décisions en la matière (cf. les références citées en BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 613, note 67 et LOUSSOUARN, *Précis*, n° 477). Deux facteurs semblent, du moins, l'avoir mise en veilleuse, d'une part, la libéralisation de la jurisprudence relative aux clauses monétaires dans l'ordre interne même (arrêt *Roland*, Civ., 1^{re}, 4 déc. 1962, J.C.P., 1963.II.13033, note Esmein; arrêt *Colombo*, Civ., 1^{re}, 10 mai 1966, D., 1966.497, note Malaurie), d'autre part la suppression en 1966, bien qu'éphémère puisque rétabli en 1968, du contrôle des changes (cf. Eck, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Change et mise à jour*). A la lumière des décisions récentes, il semble qu'actuellement les clauses relatives à la *monnaie de compte* soient valables dans l'ordre international (comme elles le sont dans l'ordre interne où subsiste néanmoins les restrictions relatives aux clauses d'indexation des Ordonnances de 1958 et 1959), sans qu'il y ait lieu de se référer au critère Matter, ni aux textes de la législation des changes (Civ., 1^{re}, 4 février 1969, *Rancilio/Diamantidis*, *Rev. crit.*, 1970.273, note Eck; Com., 30 avril 1969, *Société internationale Competers and Tabulators/Société Agache*, *Clunet*, 1970.75, note Malaurie. Quant aux clauses relatives à la *monnaie de règlement* (mais v. *infra*, note 3, p. 314, la tendance de la jurisprudence à les interpréter comme relative à la monnaie de compte), la solution actuelle est plus incertaine. Dans la mesure où le règlement est *stipulé en France*, il semble qu'elles soient nulles par application du cours forcé et légal (impl. Com., 30 avril 1969, préc.) mais l'arrêt Civ., 4 février 1969, préc., paraît réserver l'incidence de la réglementation des changes — en l'occurrence de l'article 59 de l'ancien décret de 1947 — entre résidents, sans préciser d'ailleurs si l'autorisation administrative est une condition de validité ou seulement d'exécution de la clause (v. *infra*, note 7, p. 314); v. en faveur de cette dernière interprétation, Eck, *Rev. crit.*, 1964.441 et s. et *Rev. crit.*, 1970.277 et s., à laquelle nous souscrivons, non sans avoir conscience de son caractère paradoxal puisque l'autorisation, sans être une condition de validité permettrait l'exécution d'un acte nul. Si le règlement est *stipulé d'étranger*, la clause pourrait être valable (v. *infra*, note 3, p. 314), mais son exécution serait soumise à autorisation (art. 4, D., 24 nov. 1968).

de ses obligations sur le plan international, il faudrait qu'elles aient déjà un effet libératoire sur le plan interne, ce qui n'est pas.

Aussi les tribunaux français ont-ils refusé de tenir le débiteur pour libéré, aussi bien lorsque l'interdiction ou le refus d'autorisation émanait d'une autorité de change française (1) que d'une autorité étrangère (2). Pour ce faire, ils ont généralement constaté l'absence de caractère imprévisible ou de caractère insurmontable du refus d'autorisation, c'est à dire l'absence de *force majeure*. Selon cette jurisprudence, le refus serait d'une part prévisible même lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, il n'existait aucune interdiction (3), d'autre part il serait surmontable lorsque le débiteur possède des biens sur le territoire du créancier (4), ou lorsqu'il peut fractionner son paiement par l'utilisation d'allocations-voyages (5)...

Aussi, à défaut d'admettre la libération du débiteur, les tribunaux prononcent alors le plus souvent la résiliation du contrat qui n'a pu être exécuté (6).

(1) Chambéry, 28 mars 1956, *Steurer Bons/Pidoux Kuhn*, *Rev. crit.*, 1957.462 ; Trib. civ. Lille, 6 octobre 1948, *Gaz. Pal.*, 1948.2.210. Il s'agissait de l'autorisation prescrite par l'article 27 du décret du 15 juillet 1947 codifiant la législation française des changes (aujourd'hui abrogé) pour l'exécution à l'étranger des obligations libellées en monnaie étrangère. (Celui-ci s'appliquait, semble-t-il, non seulement entre résidents et non résidents, mais également entre résidents)

(2) Colmar, 11 mars 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.2.60 (loi allemande) ; Com., 18 juin 1958, *Bull. civ.*, 1958, II, n° 212 (législation de change vietnamienne).

(3) V. les motifs de la décision de Chambéry, 28 mars 1956, préc., selon laquelle le débiteur aurait pu prendre ses dispositions avant de quitter le territoire français.

(4) Com., 18 juin 1958, préc.

(5) Trib. civ. Lille, 6 octobre 1948, préc.

(6) V. notamment, Paris, 16 mai 1952, *Rev. crit.*, 1953.382, note Loussouarn ; *Rev. trim. dr. com.*, 1953.1013, obs. Loussouarn. Le débiteur est également parfois condamné à verser des dommages-intérêts au créancier (cf. les décisions citées par J. P. Eck, *Rev. crit.*, 1966.286), mais quelques décisions ont estimé que l'attribution de dommages-intérêts tombait sous le coup de la même prohibition que l'exécution en nature, Orléans, 15 mai 1961 (2 arrêts), *Rev. crit.*, 1961.778, note Mezger ; Toulouse, 15 mai 1961, *Rev. crit.*, 1961.803, note Mezger (maintenu par Com., 19 juin 1963, *Clunet*, 1964.120) ; Rouen, 16 mars 1965, *Rev. crit.*, 1966.282, note J. P. Eck ; *Clunet*, 1966.138, note Malaurie. « Attendu que lorsque l'exécution en nature d'une obligation est prohibée par une disposition d'ordre public (tel l'art. 27 du décr. du 15 juillet 1947 ... subordonnant à l'autorisation préalable de l'office des changes tout règlement à destination de l'étranger, l'exécution par équivalent, sous forme de paiement de dommages-intérêts, tombe sous le coup de la même prohibition, lorsqu'elle préjudicie aux mêmes intérêts publics » (*Rev. crit.*, 1966.284). — V. notamment les critiques de M. MALAURIE sur ces solutions, in *Clunet*, 1966.141 et 142). V. encore Civ., 12 mars 1968, *Clunet*, 1968.719, note Ph. Kahn, où était demandée la nullité d'une sentence arbitrale au créancier d'un contrat soumis à la loi yougoslave, qui n'avait pu être exécuté en raison de la législation française des changes.

b) Paiement après dévaluation de la monnaie de compte.

337. — Des difficultés innombrables sont nées dans divers pays d'Europe à la suite des dévaluations des monnaies américaine et canadienne, et de l'abrogation des clauses-or dans ces pays par la *Joint Resolution* de 1933 et le *Canadian Gold Act* de 1937. Or, dans de nombreux emprunts, émis en Europe ou dans ces pays, la monnaie de compte était fixée en dollar-or US ou en dollar-or canadien.

Pour nous limiter au contentieux français (1), il faut remarquer que le problème s'est surtout présenté sur le terrain de la validité des clauses-or insérées dans ces contrats (2), mais dans certains cas, il s'est posé plus particulièrement sur celui de l'exécution de ces clauses. Il s'agissait notamment de savoir si le paiement des intérêts afférant à l'emprunt et son remboursement sur *la base de la monnaie de compte dévaluée libérait le débiteur* (3) ou si le créancier conservait son droit à l'exécution intégrale de la clause-or « valablement » stipulée.

338. — A part une décision du Tribunal de la Seine du 23 juillet 1936 (4) qui a reconnu le caractère libératoire du paiement en dollars dévalués, d'obligations remboursables à New York (5), la jurisprudence des juridictions supérieures en a rejeté le principe pour des motifs ou dans des circonstances curieuses, assez significatives du désir de déjouer les effets des lois abrogeant les clauses-or.

Ainsi, le Conseil d'Etat, dans son arrêt rendu le 28 novembre 1958 (6) à propos de l'Emprunt *French Republic* émis aux Etats-Unis en 1921 en obligations de 100 dollars-or, a-t-il estimé que le paiement devait se faire sur *la base du dollar-or* bien que le remboursement ait été prévu à New York où le dollar-or ne constituait plus une

(1) Pour la jurisprudence étrangère, cf. J. Ph. LÉVY, in *J.-Cl. civil*, art. 1895.

(2) Les tribunaux en ont admis la validité soit par application de la règle spéciale à l'ordre international de la jurisprudence *Matter*, soit par l'intervention de l'ordre public, au nom de cette règle, à l'encontre de la loi étrangère applicable au contrat (v. notamment, Civ., 21 juin 1950, *Mouren*, *Rev. crit.*, 1950. 611, note Batiffol).

(3) Sans doute peut-on s'étonner de voir le problème posé de cette manière. C'est qu'en effet, si la jurisprudence devait admettre le caractère libératoire de ce paiement, il n'aurait servi à rien d'admettre la validité des clauses-or dans ces emprunts. Néanmoins, le problème se pose lorsque le paiement est prévu dans le pays même qui a abrogé les clauses-or, ou même lorsqu'il y a déjà été effectué. Les subterfuges alors utilisés par la jurisprudence pour limiter l'effet de la loi du lieu de paiement sont assez caractéristiques.

(4) Trib. Seine, 23 juillet 1936, *Siemens*, S., 1938.2.25, note Mestre.

(5) L'effet de la *Joint Resolution* est d'ailleurs écarté relativement aux paiements faits à Amsterdam ou à Londres en vertu de l'option de place prévue dans l'emprunt.

(6) C.E., 28 novembre 1958, *French Republic*, *Rec. Lebon*, 1958.590, concl. Gand, *Clunet*, 1960.446, obs. Schapira.

monnaie ayant cours légal, au motif que l'emprunt présentait « le caractère d'un emprunt de l'Etat français dont la loi française régit l'exécution ».

Cette référence à la soumission de « l'exécution » du contrat à la loi française est pour le moins curieuse. En effet, si la compétence de la loi française était légitime pour l'ensemble de l'emprunt, s'agissant d'un contrat de « droit public » (1), on peut s'étonner de la limitation qui est ainsi apportée à ce rattachement, alors que c'était précisément l'exécution qui se rattachait le moins à la loi française, puisqu'aussi bien l'émission que le remboursement de l'emprunt se faisait ou devait être fait aux Etats-Unis (2). En tout état de cause, la décision indique le peu d'importance accordé au lieu de paiement *prévu* dans le contrat et à la loi qui y est en vigueur, et la prépondérance du lieu où l'exécution est en définitive *demandée*.

339. — Cela apparaît plus nettement dans l'arrêt Herman rendu par la Cour de cassation le 29 octobre 1964 (3) dans la troisième affaire relative à l'emprunt des Messageries Maritimes, qui présentait une particularité : le paiement avait *déjà été fait dans le pays qui avait édicté la mesure monétaire*, c'est-à-dire au Canada. Or la Cour a admis que, malgré ce paiement effectué au Canada — lieu de paiement prévu par le contrat — en monnaie dévaluée conformément à la loi impérative du lieu d'exécution, le créancier *pouvait demander en France un paiement complémentaire* en vertu du rattachement à la loi française de l'exécution du contrat « *poursuivie en France* » (4).

Ainsi, ici, ce n'est pas l'exécution du contrat qui est soumise à la loi française, mais l'exécution « *poursuivie en France* » (5) !

(1) Le Conseil d'Etat relève en effet le caractère de droit public de l'emprunt *French Republic* émis par l'Etat français. Sur les répercussions de ce caractère quant à la loi applicable, v. *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o *Contrat Administratif*, par A. TOUBIANA.

(2) Or, en général, lorsqu'on admet un rattachement spécial relatif à l'exécution d'un contrat, c'est pour en déduire la compétence de la loi du lieu d'exécution.

(3) Com., 29 octobre 1964, *Trésor Public/Herman*, *Clunet*, 1965.637, note B. Goldman. Les solutions adoptées en première et seconde instance sont également intéressantes par leurs motifs mais il est impossible d'en faire ici une étude détaillée. V. Trib. Com. Seine, 11 mars 1957, J.C.P., 1957.II.9964, note J. Ph. Lévy, *Clunet*, 1958.994 ; Paris, 2 juin 1959, *Gaz. Pal.*, 1959.2.170, *Rev. trim. dr. com.*, 1959.991, obs. Loussouarn, *Banque*, 1960.17, note Anselme Rabinovitch.

(4) *Clunet*, 1965.639.

(5) Au demeurant, on peut se demander à quelle loi était soumise la validité du contrat ou même son exécution. La formule employée dans l'arrêt pourrait laisser penser que ce n'était pas la loi française et que c'était par conséquent la loi canadienne, auquel cas ce n'était pas un paiement *complémentaire* que permettait la loi française mais un paiement *supplémentaire* ! Mais, même si la loi française était applicable à l'ensemble du contrat, la solution n'est pas plus satisfaisante : cela revient à admettre que la *clause-or peut être exécutée alors qu'elle n'est pas valable*... En effet, si l'exécution a lieu en France et non au Canada, le règlement ne comporte plus l'un des éléments essentiels du critère Matter, à savoir le mouvement de reflux. On doit cependant noter que la validité de la clause n'était pas contestée par le Trésor Public.

Il suffit dès lors de saisir un tribunal dont la loi est plus libérale pour remettre en question la libération du débiteur et obtenir un second paiement : de libératoire, le paiement devient partiel en raison de la saisine d'une juridiction française. La valeur du paiement dépend alors des règles de compétence judiciaire (1) et partant, de la *lex fori*.

La solution est de toute manière contestable. En effet, refuser le caractère libératoire du paiement fait selon la loi canadienne au Canada et en monnaie dévaluée, c'était refuser d'admettre le caractère libératoire d'un paiement qui ne tienne pas compte de la clause-or stipulée au contrat. Or pour en *tenir compte*, il fallait qu'elle soit valable, et dans les circonstances de l'espèce, elle ne pouvait être valable ni selon la loi française ni selon la loi canadienne. En effet, si la loi française était applicable au contrat (2), la clause-or ne pouvait pas en principe être valable si le paiement avait lieu en France ; le règlement ne comportait pas alors l'un des éléments essentiels du critère Matter, le mouvement de reflux. Et si la loi canadienne était applicable au contrat, la clause-or n'était pas davantage valable par suite de l'abrogation des clauses-or par celle-ci.

Ainsi malgré l'affirmation selon laquelle « un contrat est nécessairement soumis à la loi d'un Etat » (3), la jurisprudence cherche à assurer par tous moyens l'exécution des stipulations des parties sans le support d'une loi. En définitive en l'espèce, seul le paiement en monnaie dévaluée était libératoire, que ce soit par application de la loi française ou canadienne applicable au contrat, ou par application de la loi canadienne à titre de loi de police du lieu d'exécution pour le paiement effectué au Canada.

c) Paiement en monnaie locale.

340. — Les tribunaux français ont manifesté le même désir d'assurer l'exécution des stipulations des parties, et le respect des clauses relatives à la monnaie de règlement en posant le principe que le débiteur devait se libérer dans la *monnaie convenue* (4).

Ainsi toute influence de la loi du lieu de paiement était-elle écar-

(1) La Cour, saisie de cette objection par le pourvoi formé par le Trésor Public, la rejette par des motifs assez peu convaincants : « à défaut d'interdiction expresse, cette indication (de deux lieux de paiement situés au Canada) n'empêchait pas l'obligataire de poursuivre au lieu du domicile du débiteur, le paiement des sommes qui lui sont dues en vertu dudit contrat » (*Clunet*, 1965.639).

(2) Rappelons que le premier arrêt relatif à l'emprunt des Messageries Maritimes, la Cour de cassation a admis que l'emprunt était soumis à la loi canadienne (Cass., 21 juin 1950, *Mouren*, *Rev. crit.*, 1950.611, note H. Batiffol) et que le second a retenu la compétence de la loi française (Cass., 24 janvier 1956, *Shuman*, J.C.P., 1956.II.9400, note J. Ph. Lévy, D., 1956.317, note Lenoan ; *Clunet*, 1956.1012, note B. Goldman).

(3) Affirmation de la Cour de cassation dans l'arrêt *Mouren*, cité à la note précédente.

(4) V. sur ce point BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 613 et les références citées, note 60.

tée (1). Cependant, malgré l'affirmation de ce principe, on peut constater que le plus souvent la dette fixée en monnaie étrangère a été convertie en francs français lorsque le paiement se faisait en France (2), ce qui correspond d'ailleurs à une tendance certaine de la jurisprudence de considérer les clauses fixant la monnaie de règlement comme des clauses relatives à la monnaie de compte (3), et ainsi d'esquiver le problème d'une éventuelle *obligation de convertir la dette en monnaie locale* (4).

Aussi, le problème de savoir si un règlement stipulé en monnaie étrangère en France, était astreint ou non à une conversion obligatoire, n'a-t-il jamais été tranché fermement par la jurisprudence que ce soit, avant l'introduction d'une législation de change en France, c'est-à-dire sous l'empire des seuls cours légal et forcé (5), ou après celle-ci. Si le caractère libératoire du seul paiement en monnaie locale n'était pas alors évident, l'instauration en 1939 d'une réglementation des changes en France, codifiée par la suite par le Décret du 15 juillet 1947, aujourd'hui abrogé, aurait eu pour certains cet effet (6), ce que la jurisprudence n'a guère permis de confirmer (7).

(1) Dans la mesure où la clause stipulant un paiement en monnaie étrangère avait été reconnue valable.

(2) V. notamment Req., 17 février 1937, S., 1938.1.140 ; *Rev. crit.*, 1938.657, note H. B. ; Civ., 15 janvier 1962, *Bull. civ.*, 1962.I, p. 24, n° 28 ; *adde*, la jurisprudence citée in BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 613, note 59.

(3) Il semble, en effet, que les tribunaux aient admis la validité des clauses de paiement en monnaie étrangère lorsque la monnaie choisie était celle du lieu de paiement. Mais en fait, dès que l'exécution est demandée en France, la clause est interprétée plus volontiers comme une clause relative à la monnaie de compte. V. notamment encore récemment pour ce type de raisonnement, Civ., 10 mai 1966, *Colombo/Catapodis*, D., 1966.497, note Malaurie ; J.C.P., 1966.II.14871, note J. PH. LÉVY ; *Rev. crit.*, 1967.710, note Eck ; *Clunet*, 1967.90, note Goldman ; Civ., 4 février 1969, *Rancilio/Diamantidis*, *Rev. crit.*, 1970.273, note Eck ; Com., 30 avril 1969, *Clunet*, 1970.75, note Malaurie ; Civ., 1^{re}, 29 juin 1971, D., 1971, Somm. 188.

(4) Il est vrai que si la jurisprudence considérait ces clauses comme stipulant un paiement *effectif* en monnaie étrangère en France, elle les déclarerait *nulles* et le problème de la conversion obligatoire en monnaie locale se poserait encore moins. Et les tribunaux ne semblent pas davantage avoir reconnu une obligation de payer en monnaie convenue dans l'hypothèse d'une telle clause.

(5) Sur les données du problème avant l'introduction des textes particuliers aux règlements de dettes fixées en monnaie étrangère, v. LOUSSOUARN, *Rev. crit.*, 1953, p. 387, note sous Paris, 16 mai 1952, *Rev. crit.*, 1953.382.

(6) V. sur ce point les développements de M. J. Ph. LÉVY au J.-Cl. *civil*, 1895 et la note J.C.P., 1952.II.6934. V. également dans ce sens RABINOVITCH, *Rev. crit.*, 1957.47. Cf. sur les textes actuellement en vigueur, les références citées *supra*, note 1, p. 300.

(7) Sur le rôle éventuel de l'ancien article 59 du décret du 15 juillet 1947 sur une clause de paiement effectif en monnaie étrangère stipulée entre résidents, cf. Civ., 1^{re}, 4 février 1969, *Rancilio/Diamantidis*, cité *supra*, note 3. Mais la décision ne permet pas de savoir si la clause serait *nulle* faute d'autorisation ou si seule son *exécution* serait subordonnée à une autorisation, auquel cas il serait permis de déduire que la *conversion* en monnaie française n'est *obligatoire* qu'à défaut de l'autorisation des autorités de change d'exécuter en monnaie convenue.

341. — Les tribunaux ont en effet eu surtout à se prononcer sur l'influence de la loi du 8 février 1941 (1), dont l'article 9 permettait au débiteur « d'une dette qui doit être payée dans une monnaie autre que le franc », de se libérer en versant la contrevaletur en francs français au jour de l'échéance.

Tandis que les juridictions administratives faisaient application de ce texte dans plusieurs espèces (2), la Cour de cassation adopta des solutions diverses, mais à vrai dire l'intérêt de celles-ci portait davantage sur la *date* de conversion — jour de l'échéance ou jour du *paiement effectif* — que sur l'*obligation* de conversion en monnaie locale. Dans son arrêt du 24 janvier 1956 (3) rendu dans la seconde affaire relative à l'emprunt des Messageries Maritimes, la Cour de cassation a écarté l'application de ce texte, au motif qu'il ne réglait que les modalités de paiement de certaines dettes et ne pouvait porter atteinte à la substance même du contrat international litigieux. Cependant, malgré les critiques dont elle a fait l'objet, la décision est explicable. D'une part, le texte de l'article 9 de la loi de 1941 n'était pas impératif (4) et n'offrait qu'une faculté au débiteur (5), d'autre part, le texte ne pouvait effectivement, en raison de ses termes, avoir un effet sur une clause relative à la monnaie de compte, mais seulement sur une clause stipulant une monnaie de règlement étrangère (6).

En revanche, la Cour de cassation dans un arrêt du 23 octobre 1963 (7) casse une décision qui avait admis la conversion d'une dette libellée en monnaie étrangère au jour du paiement effectif, et non au

(1) Les dispositions de ce texte (D.A., 1941.105) qui visait les relations entre résidents ont été maintenues par l'ordonnance du 31 août 1945 (D., 1945.221) et reprises par l'article 5 de la loi du 2 février 1948 (D., 1948.88), puis dans l'article 60 du décret de 1947 qui codifiait la réglementation des changes. En vertu de ce dernier texte, qui visait les contrats conclus entre résidents avant 1947, le débiteur d'une obligation libellée dans une monnaie étrangère, se libérait « valablement » en versant la contrevaletur en francs français au jour de l'échéance, après avoir toutefois obtenu l'autorisation de l'Administration.

(2) C.E., 30 juillet 1949, *Gluckberg*, *Rev. crit.*, 1950.407, note Y. L. ; C.E., 9 janvier 1952, *Geny*, *Rec. Lebon*, 1952.19 ; C.E., 17 février 1953, *Lebon*, *Rec. Lebon*, 1953.169 ; C.E., 28 novembre 1958, *Emprunt French Republic*, *Clunet*, 1960.440, *Rev. crit.*, 1961, Somm. 834 ; *Rev. droit public*, 1959.375.

(3) Cass., 24 janvier 1956, *Shumann*, J.C.P., 1956.II.9400, note J. P. Lévy ; *Clunet*, 1956.1012, note B. Goldman ; D., 1956.317, note Lenoan.

(4) V. dans ce sens J. Ph. LÉVY, J.C.P., 1956.II.9400 ; LENOAN, D., 1956.319 ; B. GOLDMAN, *Clunet*, 56.1012 (l'auteur admet que même s'il avait été impératif en droit interne, les parties auraient pu y échapper puisqu'il s'agissait d'un règlement international).

(5) On peut néanmoins se demander si les tribunaux ne sont pas tenus de l'appliquer dès que le débiteur s'en prévaut. Il faut noter que dans les *rapports* entre *résidents* et *non-résidents*, la loi de 1941 *imposait* au contraire la *conversion en monnaie française* de la dette libellée en monnaie étrangère.

(6) Il est vrai que le contrat fixait en dollars canadiens, non seulement la monnaie de compte, mais également la monnaie de règlement pour les paiements effectués au Canada.

(7) Civ., 23 octobre 1963, *Cie d'Assurance Union vie/Hazan*, *Bull. civ.*, 1963.I, p. 383, n° 449.

jour de l'échéance, au motif que ce texte (l'art. 5 de la loi du 2 février 1948 (1) conçu « en termes généraux » concernaient « tous les règlements entre personnes ayant également la qualité de résidents en France ». Est-ce parce qu'en l'occurrence la clause en monnaie étrangère portait sur la monnaie de règlement ? Cela paraît douteux. En vérité, il semble que les fluctuations de la jurisprudence relative aux textes concernant la législation française des changes restent un mystère, et tenter de les concilier relève de l'utopie.

d) Paiement en compte bloqué.

342. — L'intervention des autorités de change dans les règlements monétaires conduit parfois le débiteur à verser en compte d'attente ou en compte bloqué la prestation qui devrait être transférée au créancier résidant à l'étranger. Pour que le débiteur puisse être libéré de son obligation prévue au contrat, il faut que la *loi du lieu de la résidence* de celui-ci, qui impose ce paiement en compte bloqué, tienne elle-même ce paiement pour libératoire. Or le caractère libératoire ou non libératoire de ce paiement importe dans la mesure où il permet de déterminer la personne qui doit supporter les risques de dévaluation intervenant entre le paiement en compte d'attente et le transfert au créancier, ou en cas de refus total de transfert (2).

343. — Si le caractère libératoire du paiement en compte bloqué prescrit par la loi du lieu de résidence du débiteur qui coïncidait d'ailleurs avec la loi applicable au contrat, a été reconnu à diverses reprises par les tribunaux anglais (3), les quelques décisions rendues en France ne l'ont pas admis (4). Ainsi dans l'affaire *Stinzy* relative à la vente d'un fonds de commerce situé en France, stipulée en francs suisses, la Cour de Colmar (5) a-t-elle estimé que le débiteur français,

(1) Celle-ci avait repris les dispositions de la loi de 1941.

(2) L'hypothèse est ici différente de celle qui a été vue plus haut (n° 336). La situation n'est pas en effet la même lorsque les autorités de change refusent une autorisation de transfert selon que le débiteur a versé ou non l'équivalent de sa prestation en compte bloqué.

(3) *In re Clain by Helbert Wagg and Co Ltd*, Ch. 323 (Chancery Division 8 décembre 1955), *Clunet*, 1961.145 (le débiteur est libéré par un paiement en marks à la *Konversionskasse*, bien que le paiement ait été prévu en livres sterling à Londres). V. également *De Beeche/South American Stores* et *Saint Pierre/South American Stores* (Chambre des Lords, 11 décembre 1934), *Nouv. Rev.*, 1935.386, note Mezger, admettant le caractère libératoire du paiement en pesos prescrit par la loi chilienne, alors que le paiement était prévu à Londres en livres.

(4) V. notamment outre la décision citée au texte, Paris, 11 février 1963, J.C.P., 1964.II.13701, note critique Gavalda. La Cour admet que malgré le caractère « translatif » du paiement en compte bloqué, il n'est pas libératoire car l'obligation de convertir les francs en monnaie étrangère convenue par les parties subsiste.

(5) Colmar, 28 mai 1952, *Stinzy*, *Rev. crit.*, 1952.723, note Sarraute et Tager.

qui avait payé en compte d'attente en France en francs français, devait supporter les conséquences de la dévaluation intervenue entre le paiement et le transfert des sommes versées en Suisse (1), ce qui était reconnaître l'absence de caractère libératoire du paiement en compte bloqué. La solution est fondée ici encore sur le respect des conventions des parties : le prix avait été en effet stipulé « portable » c'est-à-dire payable en Suisse, et tant que le montant total du prix convenu en Francs suisses n'était pas parvenu au créancier, le débiteur n'avait pas rempli ses obligations.

344. — On a cependant pu croire qu'une décision récente du Tribunal de grande instance de la Seine rendue le 9 février 1965 (2) avait admis le caractère libératoire d'un paiement en compte bloqué effectué en Tunisie, et qu'elle aurait été, par la même occasion, une des rares décisions françaises à reconnaître l'effet d'une législation de change étrangère (3). En réalité, tel ne paraît pas être le sens de cette décision.

En l'espèce, Setbon — Tunisien en instance de naturalisation française — avait assigné Lellouche — naturalisé français — devant les tribunaux français, afin d'obtenir l'exequatur d'une décision tunisienne qui avait condamné celui-ci au paiement de 860, 250 dinars. *Le paiement avait été déjà effectué en Tunisie*, mais Setbon soutenait qu'il n'avait pas un caractère libératoire car les fonds étaient bloqués en Tunisie, et étant depuis domicilié en France, il ne pouvait en obtenir le transfert. Il invoquait à l'appui de sa thèse, la contrariété à l'ordre public français de la législation de change tunisienne, qui ne pouvait en conséquence s'imposer aux magistrats français. Le tribunal, sans répondre d'ailleurs à cette argumentation estima au contraire que le paiement effectué en Tunisie par le débiteur était libératoire et refusa par conséquent l'exequatur, au motif qu'il ne saurait être accordé à une décision étrangère déjà exécutée.

Les motifs de la décision, assez peu précis il est vrai, comme les données de l'espèce, permettent de penser que ce n'est pas par une reconnaissance de l'effet de la législation de change tunisienne que le Tribunal de la Seine a admis que le paiement effectué en Tunisie était libératoire.

(1) L'acheteur soutenait au contraire que la venderesse devait supporter les risques de la dévaluation, car elle n'avait sollicité que tardivement l'autorisation de transférer les fonds en Suisse. Mais il semble bien qu'en l'espèce le retard était imputable à l'Office des changes. — Sur la tendance de la jurisprudence de faire supporter les risques des dévaluations par le débiteur, cf. LOUSOUARN, *Rev. crit.*, 1959.388 et s.

(2) Trib. gr. inst. Seine, 9 février 1965, Setbon/Lellouche, *Rev. crit.*, 1966.282 note J. P. Eck.

(3) Dans ce sens J. P. Eck, note *Rev. crit.*, 1966.288 et 289.

345. — Le tribunal déclare, en effet, que le débiteur « est valablement libéré en regard de la loi française » (1). N'est-ce pas la loi tunisienne qui aurait dû être invoquée ? Mais on peut à la rigueur penser que cette référence à la loi française vise les conditions d'exequatur de celle-ci ; le tribunal s'était en effet, auparavant attaché à relever diverses circonstances dans l'intention probable de déterminer la loi applicable aux rapports de Setbon et Lellouche — nationalité de Setbon, lieu de naissance et d'extinction (2) de la dette. Il semble alors que la dette était éteinte en vertu de la loi tunisienne applicable à ces rapports.

Mais surtout on peut voir que ce n'est pas parce qu'il s'agissait d'un paiement en compte bloqué imposé par la législation de change tunisienne. Il n'y avait pas eu en effet « paiement en compte bloqué ». Le paiement s'était effectué normalement en Tunisie, et ce n'est que par la suite et en vertu d'une opération *totalelement indépendante* que Setbon avait désiré rapatrier ces fonds en France. Il s'était alors heurté à l'interdiction de transfert de fonds des autorités de change tunisiennes. La législation de change tunisienne ne pouvait alors avoir aucun effet sur le paiement de la dette de Lellouche, elle s'opposait simplement au transfert en France de ces fonds, *opération qui ne concernait plus* les rapports de Lellouche et Setbon. On comprend dès lors pourquoi le tribunal ne répond pas à l'argumentation développée par Setbon, relative à l'impossibilité de reconnaître en France l'effet d'une législation de change étrangère, celle-ci ne pouvait avoir aucun effet sur la libération déjà acquise du débiteur. En définitive, l'espèce n'est pas relative au caractère libératoire ou non, d'un paiement en compte bloqué, et n'est pas en contradiction avec la solution apportée dans l'affaire Stinzy.

Si dans celle-ci, le caractère libératoire du paiement en compte bloqué n'a pas été reconnu, c'est parce que la loi française appliquée ne l'admettait pas, mais une solution différente serait possible si la loi étrangère du lieu de résidence du débiteur conférait un caractère libératoire à ce paiement, ceci évidemment si la tendance des tribunaux à faire abstraction des lois monétaires françaises et étrangères s'atténuait. Mais il faut bien reconnaître que les quelques décisions évoquées ici indiquent le peu d'importance accordée par les tribunaux français aux lois de police monétaires qui pourraient exercer leur influence sur la libération du débiteur.

2. L'effet des nationalisations sur la libération du débiteur

346. Nous évoquerons plus spécialement les problèmes posés par les diverses mesures de nationalisations ou assimilées prises par les

(1) *Rev. crit.*, 1966.285.

(2) Ce qui est à vrai dire estimer le problème résolu avant de l'avoir posé.

autorités algériennes depuis l'indépendance de l'Algérie. Sans doute, ceux-ci présentent-ils quelques particularités par rapport au problème général des nationalisations (1), particularités tenant au contexte politique résultant du changement de souveraineté dans ce pays, qui entraîna le départ massif des Français qui l'habitaient, mais l'importance du contentieux en cette matière, comme la faible place qu'il laisse aux principes de droit international privé, montre l'intérêt de s'y attacher.

Les tribunaux se sont en effet trouvés confrontés, en raison de ces particularités à des difficultés relativement nouvelles. Il s'agissait généralement de Français qui avaient contractés des dettes en Algérie, avant ou même après l'indépendance de celle-ci, et qui ayant par la suite quitté le pays, se sont vus poursuivre en France par leurs créanciers, le plus souvent des banques ou des organismes de crédit. Ces débiteurs, dépossédés de ont alors tenté de se *soustraire à leurs obligations* ou, simplement parfois, d'en *retarder l'exécution* (3).

Les arguments invoqués afin de démontrer qu'ils étaient libérés de leurs dettes par l'effet de ces mesures intervenues en Algérie ont été très diversement accueillis par les tribunaux, et le débat, — judiciaire du moins —, vient de trouver son épilogue dans une série d'arrêts rendus le 23 avril 1969 (4) par la Cour de cassation, refusant uniformément, et sans les nuances suggérées par l'avocat général Blondeau dans ses conclusions, d'admettre la libération de ces débiteurs.

Solution de principe, certes, caractère que lui confèrent la répétition et le laconisme de ces arrêts, et même le ralliement de décisions ultérieures (5), — contrairement à la suspension des poursuites

(1) Cf. E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^{1a} *Nationalisation et Confiscation*.

(2) Nous verrons plus loin la distinction qu'il convient de faire selon qu'il s'agit de biens isolés, insérés dans une entreprise, ou inclus dans le patrimoine d'une société.

(3) Outre leur libération, les débiteurs ont, en effet tenté, soit d'obtenir un sursis à statuer, soit de bénéficier des délais de grâce de la loi du 12 mai 1963, modifiée par la loi du 6 juillet 1966. V. sur ce point, GIVORD, « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », *D.*, 1968, chron. 15 et s. Pour un sursis à statuer, en attendant la parution de textes qui régleraient la situation exorbitante du droit commun créée par les spoliations algériennes, cf. Trib. com. Seine, 27 juillet 1965, *D.*, 1966 262, note R. Rodière et J. Ribs. Si la loi intervenue ultérieurement le 6 novembre 1969 édictant la suspension provisoire des poursuites, ne suspend pas d'après la jurisprudence les *actions* (v. les décisions citées *infra*, note 5), elle permet néanmoins de *surseoir aux mesures d'exécution* sur les biens situés en France, et donc de retarder l'exécution des obligations des débiteurs jusqu'à l'indemnisation.

(4) Civ., 1^{re}, 23 avril 1969, *Bull. civ.*, 1969.I, n° 138 et s., p. 109 et s., *D.*, 1969.341, conclusions de l'avocat général Blondeau, J.C.P., 1969.II.15897, reproduisant les mêmes conclusions, *Rev. crit.*, 1969.717, note Schaeffer, *Clunet*, 1969.912, note Chardenon.

(5) Paris, 3 mars 1970, J.C.P., 1970.II.16330, concl. Barnicaud, Amiens (Ch. civ. réunies), 25 mai 1970, *Attard* (arrêt sur renvoi), *Clunet*, 1971.86.

éditée, devant les conséquences souvent catastrophiques d'une telle solution pour les rapatriés, par la loi du 6 novembre 1969 (1) —, mais qui ne permet guère de clore le débat doctrinal. Ce d'autant plus que la position adoptée par la Cour suprême ne rend pas compte de la complexité des problèmes qui se sont posés devant les juridictions inférieures, au moins quant à l'une des thèses soutenues par les débiteurs.

347. — Ceux-ci ont principalement opposé à leurs créanciers deux thèses pour justifier la libération de leurs obligations : le caractère d'événement de force majeure des mesures algériennes, et, l'extinction de leurs dettes par suite du transfert du passif qui résultait de celles-ci.

Les débiteurs invoquèrent généralement d'abord leur libération, motif pris du caractère de *force majeure* que présentaient les mesures algériennes les dépossédant de leurs biens situés en Algérie. Si cette thèse eut quelque succès devant les juridictions inférieures (2), elle devait être le plus souvent repoussée (3) et en dernier lieu par deux arrêts de la Cour de cassation du 23 avril 1969 (4). En effet, s'agissant de dettes de sommes d'argent, l'exécution de telles obligations n'est

(1) La loi n° 69-992 du 6 novembre 1969 (*Clunet*, 1970.167, cf. BLIN, « La loi du 6 novembre 1969 instituant des mesures de protection juridique en faveur des rapatriés et personnes dépossédées de leurs biens d'outre-mer », *J.C.P.*, 1970.I.2293) a, en effet, été interprétée restrictivement par les tribunaux (v. les décisions citées à la note précédente) qui permettent encore aux créanciers de faire confirmer leur titre en justice, seule l'*exécution sur les biens* du débiteur étant repoussée jusqu'à l'indemnisation des rapatriés, dont la procédure est d'ailleurs en cours depuis la loi du 15 juillet 1970 (loi n° 70-632 du 15 juillet 1970 relative à la contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement passé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France). Le problème se pose encore de savoir si ce sont, la loi d'indemnisation ou les indemnisations individuelles qui mettront fin à la suspension des poursuites sur les biens des débiteurs. Notons cependant que l'article 7 de la loi de 1969 permet aux tribunaux de lever à titre exceptionnel, la suspension des poursuites lorsque le créancier est lui-même dans une situation difficile.

(2) V. par exemple Trib. com., Lille, 5 juillet 1965, *Clunet*, 1966.357, note J. D. Bredin ; Trib. com. Seine, 18 novembre 1964, *Gaz. Pal.*, 1965.2.241, note Ghanassia, qui tout en retenant la force majeure, n'en concluent pas à la libération du débiteur, mais surseoient simplement à statuer. *Adde*, les décisions citées par GIVORD, « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », *D.*, 1968 ; chron. 16, note 9.

(3) V. notamment Cour de Paris 19^e Ch., 10 juillet 1965. *Société Le Phénix/Cie française de Crédit et de Banque*, *Rev. crit.*, 1966.63, note H. B., *Clunet*, 1966.359, note J. D. Bredin. La Cour estima que les conditions de la force majeure n'étant pas réunies — appréciées selon la loi française applicable au contrat —, il était dès lors inutile de rechercher la portée des mesures de dépossession des biens du débiteur par les autorités algériennes ; Aix, 26 mai 1966, *Clunet*, 1966.830, obs. P. C. ; Agen, 21 janvier 1969, *J.C.P.*, 1969.II.15817. *Adde*, les décisions citées par Givord, art. préc., p. 16, note 11.

(4) Arrêt *Le Phénix* (*Rev. crit.*, 3^e espèce), arrêt *Kassab* (*Rev. crit.*, 2^e espèce, 2^e moyen).

nullement impossible du moment que les débiteurs possèdent des biens en France (1) même si elle est rendue plus onéreuse. Ceux-ci en vertu de l'article 2092 du Code civil répondent en effet de leurs dettes sur tout leur patrimoine présent et futur (2). Devant l'impossibilité de réduire cet argument, les débiteurs tentèrent alors de se placer sur un autre terrain.

348. — Ils soutinrent que les mesures algériennes avaient eu pour effet de *transférer le passif* des entreprises ou des biens touchés par ces mesures, à leur nouveau titulaire, généralement l'Etat algérien, et qu'en conséquence ils se trouvaient libérés de leurs dettes par suite d'une *novation par changement de débiteur*. Un nombre important de décisions a accueilli cette thèse (3) encore qu'un nombre également important de décisions non publiées l'aient écartée (4), — divergences tenant parfois davantage à une interprétation variable du contenu de la loi algérienne qu'à la diversité même des mesures prises par les autorités algériennes (5).

Sans véritablement trancher la question, la Cour de cassation dans ses arrêts du 23 avril 1969 (6) vient unifier la solution. En effet, sans tirer parti des conclusions de l'Avocat Général qui s'était attaché à rechercher dans les diverses mesures de dépossession s'il y avait eu ou non transfert d'un passif entraînant une novation libérant éventuellement le débiteur originaire (7), c'est sur un autre terrain qu'elle se place pour refuser toute libération des débiteurs : celui de la *contrariété à l'ordre public international de la loi algérienne* portant nationalisations ou mesures assimilées, eu égard au défaut de fixation préalable d'une indemnité équitable accompagnant ces mesures, et *l'opposition à une telle libération à l'article 2092 du Code civil*.

Indépendamment des réserves que l'on peut faire ici quant à cette référence à l'article 2092 du Code civil, — équivoque et au surplus

(1) On a vu que le même principe paraissait s'imposer lorsque le débiteur d'une obligation monétaire ne pouvait exécuter sa prestation, par suite des restrictions imposées par la législation de change de sa résidence ou du lieu d'exécution.

(2) On peut d'ailleurs s'étonner que la Cour ne fasse pas allusion dans ces espèces à l'article 2092 qui serait ici justifiée, alors qu'elle le fait de façon beaucoup moins convaincante dans la série d'arrêts se prononçant sur l'autre thèse, v. *infra*, nos 348 et 356 et s. Sur la loi applicable au droit de gage général du créancier sur les biens du débiteur, v. *infra*, n° 356.

(3) Cf. les décisions citées par GIVORD, *chron. préc.*, p. 16, note 15.

(4) Cf. GIVORD, *chron. préc.*, p. 17, note 16. V. notamment Aix-en-Provence, 26 mai 1966 et 12 juillet 1966, *Clunet*, 1966.830, obs. P.C. ; Agen, 21 janvier 1969, J.C.P. 1969.II.15817.

(5) V. *infra*, nos 354 et s.

(6) Arrêts Narbonne (*Clunet*, 2^e esp.), Cara (*D.* 1^{re} esp.), Kassab (*Rev. crit.*, 2^e esp. 1^{er} moyen), Attard (*Rev. crit.*, 1^{re} esp.). Cf. les références précises, *supra*, note 4, p. 319.

(7) Cf. *D.*, 1969.344 et s.

inutile (1) —, et quant à l'intervention de l'ordre public (2), la solution n'est guère justifiée sur le plan du droit international privé, pas plus d'ailleurs qu'elle ne l'est dans les arrêts qui ont statué sur la première thèse soutenue par les débiteurs.

349. — En effet, pour décider de l'éventuelle libération des débiteurs dépossédés de leurs biens, si le contenu de la loi algérienne importait — à deux niveaux d'ailleurs, celui de l'effectivité du transfert d'un passif (3) et celui de sa compatibilité avec l'ordre public compte tenu des perspectives d'indemnisation (4) —, un problème préalable se posait, celui de savoir si la loi algérienne pouvait exercer ses effets sur les contrats conclus par les débiteurs français en Algérie, problème qui doit être posé en termes de droit international privé, ce que les tribunaux n'ont pas toujours fait (5) ni même la Cour de cassation (6).

La difficulté, à vrai dire, n'est pas aisée à surmonter. Le droit international privé nous donne deux règles de rattachement apparemment peu conciliables : d'une part, la libération du débiteur d'un contrat international rattachée à la loi du contrat, d'autre part la nationalisation rattachée à la loi locale (7), que ce soit au titre de *lex rei sitae* ou de loi de police. Dans la mesure où la nationalisation peut avoir un effet sur le sort de la dette, — quand il y a transfert du passif (8) — la solution paraît être d'admettre que le débiteur sera libéré si la loi du contrat et la loi de la nationalisation coïncident (9), c'est-à-dire lorsque le contrat est soumis à la loi algérienne.

(1) Equivoque, car on peut se demander s'il est invoqué au titre de l'ordre public interne, la *lex fori* étant compétente en matière de droit de gage général (V. *infra*, note 4, p. 328) ou au titre de l'ordre public international, ce qui serait erroné (v. *infra*, p. 329-30). Cf. les critiques de M. SCHAEFFER, in *Rev. crit.*, 1969.725. Inutile, car si la dette n'est pas éteinte, la poursuite du créancier est justifiée sans qu'un recours à l'article 2092 soit nécessaire.

(2) V. *supra*, n° 232 et *infra*, n° 358.

(3) V. *infra*, nos 354 et s.

(4) V. *supra*, n° 232 et *infra*, n° 358.

(5) Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence avant l'intervention de la Cour de cassation, cf. les chroniques, GIVORD, cité *supra*, LOUSSOUARN, « Le sort du passif des entreprises victimes des mesures de dépossession algériennes », J.C.P., 1968.I.2140, CHARDENON, « Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes », *Clunet*, 1967.290 et s.

(6) Indépendamment des espèces où l'on peut considérer que la solution est donnée en fonction de la loi française du contrat (arrêt *Le Phénix*) et sans aucune recherche de l'incidence de la loi de nationalisation, dans les autres où la loi algérienne est écartée au nom de l'ordre public, le titre de compétence de celle-ci n'apparaît pas. Est-ce au titre de loi du contrat ou de loi de l'Etat nationalisant ? La justification serait d'ailleurs insuffisante dans l'une ou l'autre de ces hypothèses. Comp. SCHAEFFER, note *Rev. crit.*, 1969.725 et s.

(7) Il serait plus exact de parler de loi de l'Etat nationalisant.

(8) Ce qui dépend en principe de la loi algérienne, v. *infra*,

(9) Dans ce sens BATIFFOL, *La propriété privée*, Cours I.H.E.I., 1967-68, t. II, p. 201. Cette solution a été admise notamment en Angleterre par la Chambre des Lords dans l'affaire *Adams/National Bank of Greece*, *Rev. crit.*, 1961.712.

Cette position a été adoptée plus ou moins expressément par un certain nombre de décisions, lorsqu'il s'agissait de contrats passés après l'indépendance de l'Algérie, que les éléments de localisation (1) conduisaient inévitablement à rattacher à la loi algérienne (2).

350. — Mais lorsque les deux règles de rattachement donnent compétence à des lois différentes — ce qui est le cas généralement pour les contrats conclus avant l'indépendance (3), lesquels bien que localisés en Algérie sont légitimement soumis à la *loi française* (4) en vigueur à l'époque sur le territoire algérien, mais ce peut être également le cas pour les contrats passés après l'indépendance, soit que leur connexité avec des opérations antérieures entraîne la compétence de la loi française (5), soit que l'autonomie de la volonté les soustraie aux dispositions contractuelles algériennes, au profit de la *loi française* ou même d'une *loi tierce* (6) —, quelle règle de rattachement doit prédominer ou alors si le choix est impossible peut-on, sans artifice, les faire jouer concurremment ? (7).

(1) Sur le problème de la détermination de la loi applicable aux contrats passés en Algérie avant et après l'indépendance, v. notamment DAYANT, *Rev. crit.*, 1967.130, note sous Seine, 23 févr. 1966.

(2) V. notamment, Seine, 17 mars 1966, J.C.P., 1968.II.14638 concl. Fabre ; *Clunet*, 1966.830, note P.C. ; Aix-en-Provence, 22 décembre 1965, *Clunet*, 1966.108, note J.D. Bredin. *Addé*, les autres décisions citées par Loussouarn, *op. cit.*, note 9. Pour la compétence de la loi algérienne du contrat, sans pour autant admettre la libération du débiteur, v. l'arrêt sur renvoi d'Amiens, 25 mai 1970 dans l'affaire *Attard* (*Clunet*, 1971.86), alors que devant la Cour de cassation (*Rev. crit.*, 1^{re} esp.), la compétence de la loi algérienne avait été retenue et écartée au nom de l'ordre public — sans que la loi du contrat ait été déterminée.

(3) Ce clivage fait entre les contrats conclus *avant* ou *après* l'indépendance a généralement été critiqué (cf. *infra*, note 1, p. 324). Et l'avocat général Blondeau dans ses conclusions devant la Cour de cassation s'est efforcé de l'écarter, en soutenant que tous ces contrats, du fait de leur localisation, devait être soumis à la loi algérienne (cf. in D., 1969.343 et s.). Mais la Cour de cassation ne l'a pas suivi sur ce point, en particulier, en rejetant le pourvoi formé dans l'affaire *Le Phénix* (*Rev. crit.*, 3^e esp.), contre l'arrêt qui avait retenu la compétence de loi française pour un contrat conclu après l'indépendance. Et dans les autres espèces, si la compétence de la loi algérienne est retenue, et écartée au nom de l'ordre public, ce n'est guère en tant que loi du contrat.

(4) Aix-en-Provence, 26 mai 1966, *Clunet*, 1966.830, note P.C.

(5) V. par exemple, Paris, 10 juillet 1965, *Le Phénix*, *Rev. crit.*, 1966.63, note H.B., *Clunet*, 1966.359, note J.D. Bredin, et l'arrêt de rejet, Civ., 1^{re}, 23 avril 1969 (*Rev. crit.*, 3^e esp.).

(6) Sur cette possibilité, encore que le cas ne se soit pas présenté, v. LOUSSOUARN, J.C.P., 1968.II.2140, n° 9.

(7) Sans doute, le principe que nous avons posé *supra*, n° 333 devrait nous conduire à répondre immédiatement qu'elles doivent jouer concurremment, et qu'il y a lieu d'admettre la libération du débiteur dès lors que la loi de police algérienne le prescrit, c'est-à-dire lorsqu'elle a décidé le transfert du passif du débiteur dépossédé. Néanmoins la suite des développements au texte permet d'apporter une justification supplémentaire au principe posé.

351. — Le choix entre la règle de rattachement relative aux contrats et celle relative aux nationalisations peut être fait sur le plan « affectif ». Si on est particulièrement attaché à l'étude des problèmes contractuels, on peut être tenté de résoudre le problème sous son angle spécifiquement contractuel, si au contraire, on prend pour point de départ la matière des nationalisations, on est conduit à négliger l'élément contractuel de la situation. Mais il faut bien reconnaître que ce n'est pas très sérieux.

Une méthode plus correcte serait, pour effectuer ce choix, de comparer les fondements respectifs des deux règles de rattachement, et en définitive de faire prédominer celle dont l'observation répond le plus à la réalité de la situation. La règle relative aux contrats, fondée sur l'autonomie présumée des parties (1), semble alors passer au second plan, si l'on tient compte du fait que celle relative aux nationalisations, correspond à l'impossibilité de méconnaître totalement (2) une mesure autoritaire *effectivement intervenue à l'étranger*. Sans doute, en ce qui concerne le transfert du passif des rapatriés, ne s'agit-il que d'un effet secondaire de l'appréhension matérielle des biens, dont la prise en considération ne s'impose pas, mais il serait artificiel de scinder le domaine de la règle de rattachement, alors que précisément, c'est cet effet qui atténue le caractère spoliateur de la mesure de nationalisation, et qui contribue à sa reconnaissance hors de l'Etat qui l'a édictée (3).

352. — La prépondérance de ce rattachement étant admise (4), n'est-il pas possible néanmoins de justifier la solution sans faire totalement abstraction des aspects contractuels de la question ? En effet, on admet généralement que l'extinction d'une dette par l'effet d'une *novation par changement de débiteur* peut relever d'une *loi propre*, encore qu'il paraisse plus raisonnable d'admettre que les parties se soient référées à la loi de l'obligation novée (5). Serait-il alors contraire au principe du droit international privé des obligations, de reconnaître la novation opérée par la loi algérienne — si tant est qu'elle ait cet effet (6) — d'une obligation soumise par hypothèse à la loi française (7) ?

(1) La supériorité du système de la localisation du contrat est ici mise en évidence, puisqu'il éviterait la dualité de rattachement, les contrats étant localisés dans leur ensemble en Algérie. V., pour le rejet de la distinction des contrats conclus avant et après l'indépendance, compte tenu de leur localisation, P. CHARDENON, « Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes », *Clunet*, 1967.290 et s., spéc. 306 ; *adde*, les conclusions de l'avocat général Blondeau devant la Cour de cassation, D., 1969.343 et s.

(2) On conçoit en effet que la solution soit différente selon qu'il s'agit de reconnaître les effets d'une nationalisation étrangère sur des biens situés à l'étranger, ou sur des biens situés sur le territoire du for.

(3) Dans ce sens, LOUSSOUARN, art. préc., n° 15.

(4) V. en ce sens P. CHARDENON, *Clunet*, 1967.303 et s.

(5) BATIFFOL, *Traité*, 4^e éd., n° 626, p. 677, et 5^e éd., n° 612, note 56.

(6) V. *infra*, n°s 354 et s.

(7) Pour l'affirmative, c'est-à-dire en faveur de la seule loi du contrat, GIVORD, *chron. préc.*, p. 20.

Le rattachement de la novation à une loi propre ne paraît pas plus impossible lorsqu'elle est imposée par le législateur que lorsqu'il s'agit d'une novation conventionnelle (1). La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point. En effet, si quelques décisions ont mis en relief la nécessité de reconnaître la novation résultant de la loi algérienne (2), c'était dans des hypothèses inverses de la nôtre : la loi algérienne du contrat avait été reconnue compétente, et les juges ont refusé de tenir compte de l'article 1275 du Code civil français, lequel exige l'accord du créancier pour opérer une novation par changement de débiteur. Sans doute peut-on interpréter ces décisions comme ayant rejeté le principe de la compétence d'une loi propre — c'est-à-dire d'une loi différente de la loi du contrat — mais il semble en définitive que telle n'est pas leur portée, puisqu'en l'occurrence la solution réaliste était de faire jouer la novation de la loi du contrat.

Le même réalisme doit à notre avis conduire à reconnaître la novation résultant d'une loi différente de celle qui est applicable au contrat, c'est-à-dire admettre le rattachement propre de la novation à la loi algérienne, même si le contrat est soumis à la loi française, ce qui permet de justifier la prise en considération de la loi algérienne dans une telle hypothèse.

353. — Il semble donc que l'on pouvait — sur le plan des principes de droit international privé —, admettre la libération des débiteurs victimes des mesures de dépossessions algériennes, *que la loi du contrat fût ou non la loi algérienne*, mais encore fallait-il que deux conditions soient remplies : d'une part que la *dette litigieuse fasse partie intégrante d'un passif transféré par la mesure algérienne a)*, d'autre part, que cette dernière ne soit pas contraire à *l'ordre public français b)*.

Bien que le second facteur ait paru déterminant à la Cour de cassation (3) pour écarter toute libération des débiteurs — ce qui n'apparaissait nullement dans les décisions des juridictions inférieures ni dans les conclusions de l'avocat général Blondeau (4) —, et

(1) On peut estimer que tel est le sens *a contrario* de l'opinion de M. Lous-souarn, *chron. préc.*, n° 12, selon lequel la soumission de la novation à la loi du contrat n'est légitime que s'il s'agit d'une novation conventionnelle, puisqu'alors la solution est liée à l'autonomie de la volonté.

(2) V. notamment, Toulouse, 14 novembre 1966, et 21 novembre 1966, J.C.P., 1967.II.15083, note Ghanassia. *Adde*, les décisions citées par Lous-souarn, *chron. préc.*, note 15.

(3) V. *infra*, n° 358. Il lui a paru déterminant, au point de vérifier la conformité à l'ordre public de la loi algérienne, même après avoir déclaré que la loi algérienne était incompétente dans l'affaire *Richier* ! (cf. SCHAEFFER, *Rev. crit.*, 1969.731).

(4) Celui-ci avait fait remarquer que l'intervention de l'ordre public ne devait qu'être exceptionnelle, et, ne s'était nullement apesanti sur les conditions de son intervention, alors qu'il avait minutieusement recherché les mesures qui avaient admis le transfert d'un passif.

qu'elle ait ainsi négligé le premier, il est néanmoins nécessaire de s'y attacher, les juridictions inférieures s'étant particulièrement divisées sur ce point.

354. — *a)* Pour admettre la libération du débiteur par une novation résultant de la loi algérienne, il faut d'abord que la dette de celui-ci soit un élément d'« un passif transféré », ce qui suppose que la loi algérienne ait décidé le *transfert d'un passif* (1) et ne paraît, *a priori*, possible que s'il s'agit du passif d'un *patrimoine distinct* de celui du débiteur.

Qu'il y ait eu en toutes hypothèses « transfert du passif » a paru aller de soi à certains tribunaux. Mais les procédés utilisés pour reconnaître un tel contenu à la loi algérienne, qu'il s'agisse du raisonnement par analogie ou de l'appel à l'ordre public semblent contestables. On ne peut guère, en effet, admettre que toutes les mesures prises par les autorités algériennes aient opéré le transfert du passif des entreprises touchées (2). Si pour certaines nationalisations « avouées », le transfert du passif a été expressément prévu (3), le législateur algérien est resté silencieux quant aux autres mesures prises sur les « biens vacants » ou sur ceux mis sous la protection de l'Etat. Or, en présence de cette lacune (4), on a dans un premier temps assimilé toutes ces mesures à des véritables nationalisations (5), et dans un second temps, déduit des principes qui régissent les nationalisations *en France*, qu'elles entraînaient le transfert du passif.

Cependant si les lois algériennes et françaises sont encore identiques sur beaucoup de points, notamment en matière patrimoniale, il semble que sur le terrain des nationalisations le raisonnement par *analogie* ne soit guère utilisable (6), si tant est qu'il soit légitime lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi étrangère (7). Le raisonnement

(1) Et, en effet, nous avons posé comme principe, *supra*, n° 333, que le débiteur pouvait être libéré, non seulement par application de la loi du contrat, mais par celle d'une loi de police à condition que celle-ci prescrive elle-même la libération du débiteur : c'est le cas lorsqu'il y a transfert du passif.

(2) Cf. l'analyse de ces mesures dans les conclusions de l'avocat général Blondeau, D., 1969.344 et s.

(3) V. GIVORD, *chron. préc.*, p. 17 et s.

(4) Cette lacune existe également pour quelques nationalisations « avouées » notamment celle des cinémas.

(5) Pour une assimilation des nationalisations dites « ouvertes » et « camouflées », v. LOUSSOUARN, « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », J.C.P., 1968.I.2140, n°s 24 et s.

(6) Cf. pour la critique du procédé, GIVORD, *chron. préc.*, p. 17 et s. ; *Contra* : LOUSSOUARN, *art. préc.*, n° 21 et s., qui estime que le transfert du passif est de l'essence même de toute nationalisation, et qu'on doit l'admettre que le législateur l'ait expressément prévu ou non.

(7) V. pour l'affirmation expresse qu'une loi étrangère peut être interprétée d'après les solutions françaises, Paris, 3 mars 1965, *Rev. crit.*, 1965.556, note S.D. Cf. Com., 13 novembre 1968, *Rev. crit.*, 1969.635, note G. David.

ne paraît pas plus admissible lorsque le transfert du passif est admis au nom de *l'ordre public français* (1), car si l'ordre public devait intervenir (2), ce serait pour écarter les effets des mesures algériennes en France *et non pour leur conférer des effets* qu'elles n'ont pas en Algérie (3), même si notre logique juridique conduit à lier le sort du passif à celui de l'actif.

355. — Mais précisément un tel lien entre le sort du passif et celui de l'actif ne semble concevable que lorsqu'il s'agit du passif d'un *patrimoine distinct* de celui du débiteur, en raison du principe de *l'unité du patrimoine* qui existe tant en droit algérien qu'en droit français. S'il n'y a guère de difficultés lorsqu'il s'agit d'une dette d'une société ou d'une dette personnelle du débiteur — bien que les solutions soient opposées —, le problème est plus délicat lorsque la dette a été contractée pour les besoins d'une entreprise touchée par les mesures de dépossession algériennes, entreprise non exploitée sous forme sociale.

En effet lorsque la dette est une *dette d'une société* nationalisée (4), il n'y a pas de difficulté majeure. La société ayant la personnalité morale, et donc un patrimoine distinct de celui du débiteur, l'actif et le passif de ce patrimoine sont transférés à la société algérienne : l'associé, même s'il est associé en nom se trouve libéré (5), dès lors que la loi algérienne a prévu le transfert du passif.

356. — A l'inverse, le débiteur d'une *dette contractée en son nom propre*, ne saurait être libéré par les mesures de dépossession prises sur l'un ou même plusieurs de ses biens situés en Algérie.

(1) V. notamment, Montpellier, 4 mai 1966, J.C.P., 1966.II.14.867; Trib. com., Aix, 8 mars 1965, D., 1966.593, note Ghanassia; Nancy, 22 avril 1966, D., 1966.563 (implicite); Toulouse, 14 et 21 novembre 1966, J.C.P., 1967.II.15083 note Ghanassia (implicite).

(2) Il faut remarquer que l'intervention de l'ordre public est parfaitement légitime dans ce cas; l'absence de transfert du passif conjuguée au défaut d'indemnisation rend encore plus évident le caractère spoliatoire de la mesure (v. dans ce sens, Aix-en-Provence, 21 décembre 1966, J.C.P., 1967.II.15083, note Ghanassia). Mais en définitive, si on fait produire à l'ordre public son effet normal, on ne fait que consacrer la spoliation commise par les autorités algériennes et non y remédier, puisque les juges français n'ont pas le pouvoir d'effacer les effets de la mesure en Algérie. C'est pourquoi quitte à faire une entorse aux principes, certains tribunaux ont-ils préféré une spoliation éventuelle du créancier à la spoliation certaine du débiteur.

(3) Dans ce sens également, GIVORD, *chron. préc.*, note 33.

(4) Si seuls certains biens de la société ont été appréhendés et si la société a transféré son siège social en France, la situation est alors identique à celle d'une personne physique (v. *infra*, n° 356), ce qui était le cas dans l'affaire *Le Phénix*.

(5) V. par exemple Aix-en-Provence, 2 décembre 1965, *Narbonne, Clunet*, 1966.108, note J. D. Bredin. La Cour exprime l'idée que la dette est prise en charge par la nouvelle société. La solution est évidemment écartée par la Cour de cassation (*Clunet*, 1969.912, 2^e espèce), du fait de l'intervention de l'ordre public à l'encontre de la loi algérienne (v. *supra*, n° 328).

En effet, non seulement la loi algérienne n'a jamais prévu expressément le transfert du « passif » d'un bien isolé, mais de plus, on voit mal comment elle aurait pu en décider, alors qu'il n'existe pas plus de « dette réelle » en droit algérien qu'en droit français. Même si le lien entre la dette et le bien est très étroit, par exemple s'il s'agit du remboursement d'un prêt consenti en vue de l'achat d'un immeuble situé en Algérie, on ne peut guère soutenir qu'il y ait un passif inhérent au bien (1). La loi algérienne n'ayant donc pu avoir pour effet d'éteindre la dette du débiteur, il paraîtrait légitime (2) de faire jouer le corollaire du principe de l'unité du patrimoine (3), à savoir le droit de gage général du créancier sur le patrimoine de son débiteur de l'article 2092 du Code civil, le droit français étant alors compétent à titre de *lex fori* (4). Mais, en définitive, le recours à l'article 2092 du Code civil, souvent invoqué par les créanciers, — et auquel la Cour de cassation se réfère également (5) —, est superflu, il suffit en effet de constater que la dette du débiteur n'est éteinte ni selon la loi du contrat ni selon la loi propre à laquelle est éventuellement rattachée la novation par changement de débiteur, pour que les poursuites du créancier soient fondées.

357. — Le problème est plus délicat, lorsque la dette a été contractée en vue des besoins d'une entreprise (6), laquelle n'a pas la personnalité morale, et par conséquent pas de patrimoine distinct de celui du débiteur. Le principe de l'unité du patrimoine qui existe tant en droit algérien qu'en droit français, ne s'oppose-t-il pas à cette scission du patrimoine du débiteur, titulaire de l'entreprise (7) ?

(1) L'arrêt de la Cour de Paris du 12 janvier 1966, J.C.P., 1966.II.14866, note Ribs, pourrait cependant laisser penser le contraire. La lecture de l'arrêt semble en effet indiquer que s'il avait été certain que le propriétaire du bien déclaré vacant avait définitivement perdu son droit de propriété, le principe « le passif suit l'actif » pourrait jouer.

(2) En effet, si la dette était éteinte, le problème de l'étendue du droit de gage ne se poserait pas ; dans ce sens notamment Trib. gr. inst., Seine, 17 mars 1966, J.C.P., 1966.II.14638, concl. Fabre. V. sur cette question LOUSSOUARN, chron., précitée n° 47.

(3) La Cour de Paris, dans son arrêt du 12 janvier 1966, précité, fait appel expressément au principe français de l'unité du patrimoine, sans que l'on sache si c'est au nom de l'ordre public. Sur le point de savoir si l'unité du patrimoine est un principe d'ordre public international, v. *infra*, p. 329-330.

(4) Le droit de gage général est en effet régi par la loi du pays où les poursuites sont exercées, v. BATIFFOL-LAGARDE, *Traité*, n° 540. Sur la possibilité de considérer l'article 2092 du Code civil comme étant d'ordre public international, v. LOUSSOUARN, chron., précitée n° 46.

(5) V. *supra*, n° 348.

(6) Il est évident que si la dette n'a pas été contractée pour les besoins de l'entreprise, elle ne peut en aucun cas être considérée comme un élément du passif de l'entreprise. Dans ce cas, elle doit rester à la charge du débiteur originaire, (V. dans ce sens, LOUSSOUARN, chron. préc., n° 53).

(7) S'il en était ainsi, le débiteur, titulaire de l'entreprise ne pourrait être libéré par l'effet de la loi algérienne. Dans ce sens BATIFFOL, *La propriété privée*, Cours I.H.E.I., 1967.68, p. 200. *Contra* LOUSSOUARN, chron. préc., n° 53.

En ce qui concerne le principe en *droit algérien*, la jurisprudence s'est divisée. Elle a admis tantôt qu'il était écarté par les mesures mêmes prises par les autorités algériennes, tantôt qu'il s'opposait à la libération du débiteur. Prenant en considération que ces mesures avaient eu pour effet de *conférer la personnalité morale* aux entreprises qui ne l'avaient pas auparavant, les tribunaux, en ont conclu en effet, dans certains cas, que le patrimoine de la nouvelle personne morale était composé de l'actif et du passif de l'ancien titulaire de l'entreprise (1), dans d'autres, au contraire, que le passif antérieur à la mesure ne pouvait s'intégrer au patrimoine de la nouvelle personne morale (2). Mais en définitive, du point de vue du droit algérien, le problème est mal posé car il ne s'agit pas de savoir si le principe de l'unité du patrimoine est ou non écarté par les mesures algériennes, *mais de rechercher si celles-ci ont ou non admis le transfert du passif de l'entreprise* (3).

Au contraire, le problème se pose du point de vue du *droit français*, et il se pose alors sous l'angle de l'*ordre public international*. On doit se demander si les mesures algériennes qui contiendraient expressément des dispositions relatives au transfert du passif d'une entreprise sans personnalité morale, sont ou non contraires au principe du droit français de l'unité du patrimoine (4) ? Autrement dit, le principe de l'unité du patrimoine est-il d'ordre public international ? Les dérogations qui y ont été apportées tant en droit interne qu'en droit international privé, conduisent à répondre par la négative (5). En particulier, dans la mesure où la Cour de cassation (6) a pu admettre la validité d'une société suisse qui ne comportait qu'un seul actionnaire, il semble bien que le principe de l'unité du patrimoine ne s'impose pas sur le plan international. Cependant, dans ses arrêts du 23 avril 1969 (7), la Cour de cassation laisse planer une équivoque sur ce point. Elle justifie en partie ses décisions par la violation de l'article 2092 du Code civil, corollaire du principe de l'unité du patrimoine, et l'on peut se demander si elle l'invoque en tant que principe d'ordre public interne ou d'ordre public interna-

(1) V. par exemple, Seine, 17 mars 1966, J.C.P., 1968.II.14638, concl. Fabre.

(2) V. par exemple, Paris, 17 janvier 1967, D., 1967. Som., 68 ; Aix-en-Provence, 12 juillet 1966, *Clunet*, 1966.830, obs. P. C.

(3) Et, c'est pourquoi les investigations de l'avocat général Blondeau sur ce point étaient justifiées.

(4) Alors que précédemment (*supra*, n° 354) il s'agissait de savoir si l'*absence de transfert* était contraire à l'ordre public, ici il s'agit de savoir si le *transfert du passif* décidé par la loi algérienne est contraire à l'ordre public.

(5) V. dans ce sens, LOUSSOUARN, *chron. préc.*, n° 49 et 50.

(6) Cass., 17 juin 1958, *Rev. crit.*, 1958.704, note Francescakis, *Rev. trim. dr. com.*, 1959.255, obs. Loussouarn.

(7) Civ. 1^{re}, 23 avril 1969, D. 1969.341, concl. Avocat général Blondeau, J.C.P., 1969.II.15897 reproduisant les mêmes conclusions, *adde* les autres références, *supra*, n° 316.

tional (1) ? L'équivoque tient en réalité à une tendance générale d'identifier le droit de gage général du créancier sur les biens de son débiteur édicté par l'article 2092 au principe de l'unité du patrimoine (2). Que l'article 2092 soit invoqué au titre de *lex fori* applicable au droit de gage général, c'est concevable même si superflu (3). Mais, si l'article 2092 est invoqué comme exprimant le principe de l'unité du patrimoine, ceci même sur le plan international, — ce qui est également concevable —, c'est alors en contradiction avec l'idée, qui semblait acquise, qu'il ne s'agissait pas d'un principe d'ordre public international. On ne peut guère se prononcer sur l'intention véritable de la Cour. Cependant, même si elle avait estimé que le transfert du passif d'une entreprise, sans personnalité morale, — ce qui d'ailleurs n'était pas le cas dans toutes les espèces où la Cour fait appel à l'article 2092 (4) —, était contraire au principe de l'unité du patrimoine, principe qui serait d'ordre public international, ce n'était pas l'élément décisif de ses décisions.

358. b) — On sait, en effet, que si la Cour de cassation a refusé d'admettre la libération des débiteurs par novation résultant de la loi algérienne, ce n'est pas en considération du transfert ou de l'absence de transfert du passif accompagnant les mesures de dépossessions des débiteurs, mais en raison de la *contrariété à l'ordre public français* de la loi algérienne, eu égard aux perspectives d'indemnisations de ces débiteurs dépossédés — estimant donc que la seconde condition que nous avions posée à une telle libération n'était pas remplie (5). Plus précisément, selon la formule répétée à diverses reprises par la Cour, « aucun effet de droit ne peut être reconnu en France à une dépossession opérée par un Etat étranger sans qu'une *indemnité équitable soit préalablement fixée* ».

A supposer que telles soient effectivement les exigences actuelles de l'ordre public en matière de nationalisations (6) — et quelle que soit d'ailleurs l'incidence des Accords d'Evian sur celles-ci (7), accords visés conjointement par la Cour avec l'article 545 du Code civil —, cette intervention générale et sans nuances, de l'ordre public, appelle des réserves (8), ne serait-ce qu'en raison de son

(1) Cf. SCHAEFFER, note *Rev. crit.*, 1969.725, V. *supra*, note 1, p. 322.

(2) Cf. au contraire, la distinction faite par LOUSSOUARN, *art. préc.*, n° 44 et s.

(3) V. *supra*, n° 348.

(4) On peut même s'étonner qu'elle y ait fait allusion dans l'affaire *Attard* (*Rev. crit.*, 1^{re} espèce) où il s'agissait d'une dette d'une société, car c'était nier la personnalité morale de la société.

(5) V. *supra*, n° 353.

(6) Ce qui est peut-être discutable ; Cf. sur ce point SCHAEFFER, *Rev. crit.*, 1969.731 et s. et les références citées. Comp. avec les exigences de l'ordre public français dans l'affaire *Royal Dutch*, *supra*, n° 233.

(7) V. *supra*, n° 232.

(8) Ce d'autant plus que dans certaines hypothèses, les modalités d'indemnisations avaient été prévues, notamment dans l'affaire *Attard*. Il est vrai qu'en l'espèce, dix années étaient passées et que les garanties d'indemnisation ne se précisaient pas ; cf. les motifs de l'arrêt d'Amiens, 25 mai 1970, *Clunet*, 1971.86.

caractère paradoxal. Car écarter au nom de l'ordre public tout effet de la loi algérienne en France, c'est lui faire produire *d'avantage d'effets* lorsqu'il s'agit de créances et, par la même occasion dévier la technique de l'ordre public de son objectif normal (1). C'est consacrer le caractère spoliateur des mesures algériennes, alors que, précisément le transfert du passif — lorsqu'il a, évidemment, été admis par les autorités algériennes — permet de corriger la spoliation résultant du transfert de l'actif.

Ne fallait-il pas alors, au moins dans une telle hypothèse, éviter de faire appel à l'ordre public ? (2). La Cour de cassation n'a pas fait une telle discrimination (3) parmi les mesures algériennes. Est-ce pour des considérations d'équité ? Mais, si tant est que l'équité puisse justifier une solution, elle était difficilement perceptible en l'occurrence, — comment en effet choisir entre la libération des débiteurs qui entraîne la spoliation des créanciers, dont les espoirs de recours contre l'Etat algérien sont bien fragiles (4), et la satisfaction des créanciers, au détriment des débiteurs dépossédés sans compensation ?

En définitive, en dépit de ces réserves, retenons seulement de ces décisions, que par leur refus au nom de l'ordre public d'admettre la libération des débiteurs par l'effet d'une loi de police différente de la loi du contrat — même si les chefs de compétence n'étaient pas explicites (5) —, elles confirment l'idée selon laquelle la libération du débiteur peut dépendre d'une loi de police « normalement compétente », indépendamment de la loi régissant le contrat.

(1) On pourrait, en outre, être tenté de critiquer cette intervention de l'ordre public, à l'encontre d'une loi étrangère, alors que ceux qui se prévalaient de cette loi étaient ceux qui en avaient été précisément les premières victimes. Mais, d'une part l'ordre public n'a pas pour fonction la protection de certains intérêts particuliers, (cf. sur ce point, SCHAEFFER, *Rev. crit.*, 1969, p. 732 et 733) et d'autre part, la situation n'est en définitive pas très différente de l'hypothèse normale dans laquelle, sur les deux parties d'un litige, il y en a toujours une qui a intérêt à l'intervention de l'ordre public, l'autre non.

(2) Il est d'ailleurs évident qu'écarter l'intervention de l'ordre public n'a d'intérêt que dans l'hypothèse où le transfert d'un passif a été décidé par les autorités algériennes, puisque c'est seulement dans le cas que le débiteur peut être libéré de ses obligations (v. *supra*, n°s 354 et s.) — à moins d'admettre, comme certains l'ont fait, que le transfert du passif est inhérent à toutes nationalisations et mesures assimilées, et qu'il doit être reconnu même dans le silence de l'Etat nationalisant (v. *supra*, n° 354).

(3) On a proposé de faire une autre discrimination : faire intervenir l'ordre public seulement pour refuser de connaître le transfert de l'actif tout en admettant le transfert du passif décidé par la loi algérienne (sur le problème de la divisibilité de la loi étrangère cf. SCHAEFFER, *Rev. crit.*, 1969.733 et s. et les références). En vérité, une telle dissociation des mesures de nationalisation sur le terrain de l'ordre public est inutile car, le transfert de l'actif est réalisé en Algérie, et il ne sert à rien de le nier. V. pour un refus d'une telle dissociation, mais en faveur de l'intervention générale de l'ordre public, l'arrêt d'Amiens rendu sur renvoi le 25 mai 1970, dans l'affaire *Attard, Clunet*, 1971.86.

(4) Cf. sur ces considérations, les motifs de l'arrêt d'Agen, 21 janvier 1969, J.C.P., 1969.II.15817.

(5) Cf. les critiques faites, *supra*, n°s 349 et s.

CONCLUSION

359. — Au cours de cette étude, il nous a paru que la délimitation du domaine de la loi du contrat par le seul procédé classique de *qualification* ne suffisait guère à rendre compte, sur le plan international, de la complexité de l'opération contractuelle et de la multiplicité des réglementations ayant une incidence sur celle-ci, — relative carence qui ne tenait pas, bien sûr, à la méthode même de qualification, mais à l'*insuffisance des catégories de rattachement* reconnues jusque là.

Dans une première étape, cependant, il était nécessaire d'avoir recours à cette méthode, ne serait-ce que pour dégager un principe de solution, que commande le souci d'assurer une certaine cohérence et une certaine prévisibilité du régime des contrats internationaux. Si cet objectif implique le rattachement de l'opération contractuelle à une loi unique, dans certains cas, néanmoins, des considérations particulières — qui ne se prêtent pas à un exposé synthétique — conduisent à reconnaître des rattachements différents, — consacrés le plus souvent par le droit positif —, qui permettent une meilleure réglementation des relations contractuelles internationales sans pour autant provoquer une incertitude des solutions. S'il était permis de conclure à l'issue de cette première étape à une relative *unité* du contrat sur le plan international, ces premières conclusions étaient mises en doute par la transformation des droits internes sous l'influence du dirigisme étatique, particulièrement sur le domaine contractuel, phénomène général que révèle le droit comparé.

360. — L'intervention de l'Etat dans les relations privées individuelles se traduit, en effet, dans les rapports internationaux, par deux tendances opposées, qui toutes deux entament le domaine de la loi du contrat : une tendance à ne pas appliquer les *lois étrangères* qui poursuivent des objectifs sociaux ou économiques, une tendance à accroître le domaine de la *loi du for*.

Cette opposition, qui nous a paru contraire non seulement à une certaine logique mais également à l'évolution des relations internationales, nous a conduit à chercher à établir une certaine symétrie des solutions, ce qui présuppose un alignement des conditions de la loi du for et des lois étrangères.

Un rattachement particulier des lois de police sur le plan international semblait alors le meilleur moyen d'y parvenir, non sans avoir au préalable rejeté les tabous relatifs à un prétendu principe d'inapplicabilité des lois de police étrangères, — provisoirement, de celles qui sont désignées en même temps que le système juridique applicable au contrat.

361. — Mais la détermination d'une méthode de rattachement des lois de police pouvait avoir deux sortes d'incidences : l'une, générale, sur le droit international privé, plus précisément sur la structure des règles de droit international privé, l'autre, sur l'objet même de cette étude, c'est-à-dire sur le domaine de la loi du contrat, qui serait fortement réduit par voie de conséquence. Il ne semble pas cependant que de telles répercussions en résultent nécessairement.

362. — En effet, en ce qui concerne le *droit international privé* en général, le droit positif révèle un procédé apparemment nouveau — mais qui était déjà connu depuis l'époque des statuts — de réglementation des rapports internationaux par délimitation du domaine des lois dans l'espace, et non pas par règles de conflit de type abstrait. Ce procédé qui consiste à utiliser l'ordre public international en tant que circonstance de rattachement, systématisé par la doctrine sous la terminologie de « lois d'application immédiate », serait, en effet, plus adapté que les méthodes traditionnelles du droit international privé, à l'évolution du droit interne sous l'influence de l'intervention de l'Etat dans les relations privées individuelles.

Cependant, il nous a paru préférable de voir dans ce procédé, limité pour l'instant aux seules lois de police du for, une technique proche de la règle de conflit de type classique, dont la particularité serait d'être *unilatérale*. Cette conception seule, en effet, permet de trouver une méthode conduisant à la désignation des lois de police étrangères, problème resté dans l'ombre jusqu'à maintenant.

Si la méthode proposée, qui consiste principalement à utiliser les points de rattachement retenus pour imposer l'application de la loi du for, comme éléments de rattachement d'une règle de conflit de type classique — donc bilatérale —, paraît reposer sur des fondements suffisamment solides, elle ne pourrait avoir des répercussions positives que si la réticence témoignée par les tribunaux à l'égard des lois étrangères qui reflètent les objectifs sociaux ou économiques du législateur étranger s'atténue. Or précisément, l'esprit de coopération interétatique qu'implique cette idée nous paraît de moins en moins relever du domaine de l'hypothèse, ou, en tous cas, du domaine de l'impossible.

Ainsi l'ingérence de l'Etat dans les relations privées individuelles conduirait-elle, selon nous, sur le plan international, non pas à

modifier substantiellement la structure des règles de droit international privé, mais à reconnaître la nécessité *d'une nouvelle règle de rattachement*, — qu'elle soit formulée d'ailleurs de manière unique ou diversifiée —, permettant la désignation des lois de police.

363. — Cependant, ce point étant admis, on pouvait craindre que le principe de la soumission du contrat à une loi déterminée sur le plan international, ne fût plus qu'une idée abstraite et théorique, puisque viendraient interférer sur l'opération contractuelle des lois dont la compétence ne serait plus exceptionnelle mais *normale*. Mais il ne semble pas que le domaine de la loi du contrat doive être exagérément entamé. D'abord, parce que, fréquemment la loi de police désignée par cette nouvelle règle de rattachement coïncidera avec le système juridique désigné par la règle de conflit relative aux contrats. Ensuite, parce que, ce qui militait en faveur de l'unité de rattachement était la cohérence du régime des contrats internationaux, or, un rattachement spécial des lois de police n'est-il pas fondé sur le même souci ? Il semble que ce soit le cas, dans la mesure où il s'agit par la solution proposée de normaliser l'influence inévitable de certaines lois autres que celle du contrat sur l'opération contractuelle qui, par définition, dépasse le cadre d'une sphère juridique déterminée.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AGO (R.). — *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milan, A. Giuffrè, 1939, réimpr. 1955, 214 p.
- *Teoria del diritto internazionale privato*, Padoue, A. Milani, 1934, 338 p.
- ANZILOTTI (D.). — *Corso di diritto internazionale*, vol. 1, Padoue, Cedam, 1955, 438 p.
- ARMINJON (P.). — *Précis de droit international privé* (cité *Précis*), 3^e éd., Paris, Dalloz, 1947, 2 vol., 461 + 588 p.
- *Précis de droit international privé commercial*, Paris, Dalloz, 1948, 620 p.
- BALLADORE PALLIERI (F.). — *Diritto internazionale privato*, 2^e éd., Milan, Giuffrè, 1950, 258 p.
- BAR (G.-L. von). — *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Scientia Verlag, Aalen, réimp. éd., 1889, 2 vol., 660 + 719 p.
- BARTIN (E.). — *Principes de droit international privé* (cité *Principes*), Paris, Domat-Montchrestien, 1930, 3 vol., 634 + 522 + 397 p.
- BATIFFOL (H.). — *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, 346 p.
- *Traité élémentaire de droit international privé* (cité *Traité*), Paris, L.G.D.J. 3^e éd., 1959; 4^e éd., 1967,
- BATIFFOL-LAGARDE. — *Droit international privé* (cité *Traité*), 5^e éd. de l'ouvrage précédent, 2 vol., 1970 et 1971.
- BEALE (J.-H.). — *A treatise on the Conflict of Laws*, New York, Baker and Vorkis, 1935, 3 vol., 645 + 795 + 686 p.
- BESSON et PICARD. — V. Picard et Besson.
- BREDIN (J.-D.) et LOUSSOUARN (Y.). — *Droit du Commerce international*, (préf. Batiffol), Paris, Sirey, 1969, 1083 p.
- CARBONNIER (J.). — *Droit civil*, Paris, P.U.F., collection « Thémis », t. II, 3^e éd., 1962, 323 p.; 6^e éd., 1969, vol. 4, 545 p.
- CASTEL (J.-G.). — *Private International Law*, Toronto, Canada Law Book Ltd., 1960, 326 p.
- CHESHIRE (G.-C.). — *Private International Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1961, 733 p.; 7^e éd., London, Butterworth, 1965, 628 p.
- CHESHIRE (G.-C.), NORTH (P.-M.). — *Cheshire's Private International Law*, 8^e éd., Londres, Butterworth, 1970, 709 p.
- DESPAGNET (F.). — *Précis de droit international privé*, 5^e éd. par Ch. de Boeck, Paris, Sirey, 1909, 1250 p.
- DICEY by MORRIS (Gh.-C.). — *Conflict of Laws*, 6^e éd., Londres, Stevens and Sons Ltd, 1949, 912 p.; 7^e éd., 1958, 1130 p.; 8^e éd., DICEY-MORRIS, 1967, 1289 p.

- DUPEYROUX (J.-J.). — « Sécurité sociale », *Précis Dalloz*, 4^e éd., 1971.
- EHRENZWEIG (A.-A.). — *A Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co, 1962, 824 p.
— *Private International Law*, Leyde, 1967.
- FALCONBRIDGE (G.-D.). — *Essay on the Conflicts of Laws*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Book Co, 1954, 862 p.
- FEDOZZI (P.). — *Il diritto internazionale privato*, Padoue, A. Milani, 1935, 751 p.
- FIGEAC (P.). — *Le droit international privé*, traduit de la 4^e éd. italienne (1902) et annoté par Charles Antoine, 4 vol., Paris, Pedone, 1907, 612 + 644 + 613 + 755 p.
- FOELIX (M.). — *Traité de droit international privé*, 4^e éd., Paris, Marescq, 1866, 2 vol., 512 + 536 p.
- FOOTE (G.-A.). — *A Concise Treatise on Private International Law Based on the Decisions in the English Courts*, 5^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1925, 692 p.
- FRANCESCOAKIS (Ph.). — *V^o Conflit de lois*, Encyclopédie Dalloz, *Répertoire de droit international*, t. I, Paris, Dalloz, 1968.
- GOLDMAN (B.). — « Droit commercial européen », *Précis Dalloz*, 1970, 1^{re} éd. ; 2^e éd., 1972.
- GOODRICH (H.-F.). — *Handbook of the Conflicts of Laws*, 3^e éd., St. Paul Minn, West Publishing Co, 1949, 729 p.
- GRAVESON (R.-H.). — *The Conflict of Laws*, 4^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1960, 587 p. ; 5^e éd., 1965, 593 p. ; 6^e éd.
- KEGEL (G.). — *Internationales Privatrecht*, Munich et Berlin, C.H. Beck, 1960, 377 p. ; 2^e éd., 1964, 427 p.
- LAGARDE et BATIFFOL. — V. Batiffol et Lagarde.
- LAURENT (F.). — *Le droit civil international*, vol. VIII, Paris, Marecq, 1882, 517 p.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE par LOUSSOUARN (Y.). — « Droit international privé », 8^e éd., *Précis Dalloz*, Paris, 1962, 665 p.
- LOUSSOUARN (Y.). — *Droit international privé* (cité *Précis*), 9^e éd. de l'ouvrage précédent, 1970.
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.). — *Droit du commerce international* (préf. Batiffol), Paris, Sirey, 1969, 1033 p.
- LEWALD (H.). — *Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtssprechung*, Leipzig, Tauchnitz, 1930-31, 387 p. ; version française, in *Répertoire La Pradelle-Niboyet*, t. 7, *V^o Droit international privé de l'Allemagne*.
- LYON-CAEN. (G.) — « Droit social européen », *Précis Dalloz*, 1969.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.). — *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol. : *Les obligations*, Paris, Sirey, 1962, 927 p.
- MAZEAUD (H.-L. et J.). — *Leçons de droit civil*, t. II, Paris, Ed. Montchrestien, 1966, 1436 p.
- MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité contractuelle et délictuelle*, Paris, Ed. Montchrestien 4^e éd., t. III.
- MAURY (J.). — « Règles générales des conflits de lois », *Rec. Cours La Haye*, vol. 57, 1936, t. III, p. 325 et s.
- MIAJA DE LA MUELA (A.). — *Derecho internacional privado*, 2^e éd., Madrid, Atlas, 1957, 462 p. ; 3^e éd., 2 vol., 1962-63, 436 + 490 p.
- MONACO (R.). — *L'efficacia della legge nello spazio*, Turin, U.T.D. Torinese, 1954, 316 p. ; 2^e éd., 1964, 366 p.

- MORELLI (G.). — *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 6^e éd., Naples, Movene, 1959, 180 p.
- NIBOYET (J.-P.). — *Traité de droit international privé français* (cité *Traité*) Paris, Sirey ; t. IV, 1947, 950 p. ; t. V, 1948, 655 p.
- NUSSBAUM (A.). — *Grundzüge des internationalen Privatrechts*, Munich et Berlin, Beck, 1952, 268 p.
— *Deutsches internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1932, 539 p.
- *Principles of Private International Law*, N.Y., London, Toronto, Oxford University Press, 1943.
- PICARD (M.) et BESSON (A.). — *Les assurances terrestres en droit français*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., t. I : *Le contrat d'assurance*, 1964, 756 p.
- PILLET (A.). — *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, Sirey, 1923, 789 p.
- QUADRI (R.). — *Lezioni di diritto internazionale privato*, 3^e éd., Naples, Lignori Editore, 1961, 337 p.
- RAAPE (L.). — *Internationales Privatrecht*, 5^e éd., Berlin und Frankfurt a. Main, Verlag Franz Vahlen, 1961, 720 p.
- RABEL (E.). — *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, Chicago, Callaghan & Co., t. II (*Foreign Corporations, Torts, Contracts in general*), 2^e éd., 1960, 715 p. et t. III (*Special obligations, Modification and Discharge of obligations*), 1950, 611 p.
- RODIÈRE (R.). — *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, t. II, Paris, Dalloz, 1968, 472 p.
- ROLIN (A.). — *Principes du droit international privé*, Paris, Maresq, 1897, 3 vol., 818 + 615 + 573 p.
- SAVIGNY (F.-C. von). — *Traité de droit romain*, t. VIII (traduction Guénoux), Paris, Didot, 1851, 532 p.
- SCHMITTHOFF (C.-M.). — *The English Conflict of Laws*, 3^e éd., Londres, Stevens & Sons Ltd, 1954, 514 p.
- SCHNITZER (A.-F.). — *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4^e éd., Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1957-58, 2 vol., 494 + 578 p.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.). — *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1961, t. I, 1147 p.
- STUMBERG (G.-W.). — *Principles of Conflicts of Laws*, 3^e éd., Brooklyn, Foundation Press, 1963, 461 p.
- VALÉRY (J.). — *Manuel de droit international privé*, Paris, Fonteuvoing, 1914, 1391 p.
- VENTURINI (G.). — *Diritto internazionale privato. Diritti reali ed obbligazioni*, Padoue, A. Milani, 1956, 320 p.
- VITTA (E.). — *Nozioni di diritto internazionale privato*, 3^e éd., Turin, Giappichelli, 1960, 237 p.
- WEISS (A.). — *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris, Sirey, 6 vol., 1907-1913.
- WESTLAKE (J.). — *A Treatise on Private International Law with Principal References to its Practice in England*, 7^e éd. par N. Bentwich, Londres, Sweet et Maxwell, 1925, 471 p.
- WOLFF (M.). — *Private International Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1950, 474 p.

II. — MONOGRAPHIES ET ARTICLES

- AIRES. — « Limitations of Actions and the Conflict of Laws », *Michigan law Review* (1933), p. 474 et s.

- ALFONSIN (Q.). — *Regimen internacional de los contratos*, Montevideo, Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad, 1950, 150 p.
- ANDRIOLI. — « Legislazione sulle devise e forza maggiore », *Foro Italiano*, 1939.I.571 et s.
- ARMINJON (P.). — « Les lois politiques et le droit international privé », *Rev. crit.*, 1930.385.
- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, t. XIII. — *La notion de contrat*, Sirey, 1968.
- AUBERT (J.-F.). — « Un cas extrême d'application de la loi du contrat ? L'affaire de la Banque de Grèce devant la justice anglaise », *Rev. crit.*, 1961.653 et s.
- « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisse », *Rev. crit.*, 1962.19 et s.
- AUBRY (J.). — « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *Clunet*, 1896, p. 471 et s.
- « De la notion de territorialité en droit international privé », *Clunet*, 1900. 689 et s. ; *Clunet*, 1901.253 et s. et 643 et s. ; *Clunet*, 1902.209 et s.
- AUDINET (A.). — *Du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de contrats*, Thèse, Poitiers, 1922, 152 p.
- AUDINET (E.). — « Domaine et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats à titre onéreux », *Mélanges Antoine Pillet*, Paris, Sirey, 1929, p. 57 et s.
- AUDINET (J.). — « Le licenciement du travailleur en droit comparé », *Rev. int. dr. comp.*, 1966, p. 365 et s.
- « Les nouveaux droits du salarié licencié » (commentaire de l'ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967), *J.C.P.*, 1967.I.2116.
- « Les nouveaux droits du salarié licencié » (commentaire de la circulaire du 1^{er} septembre 1967), *J.C.P.*, 1968.I.2137.
- BALLADORE-PALLIERI (G.). — « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Rec. Cours La Haye*, vol. 51, 1935, t. I, p. 291 et s.
- *Trattato di diritto del lavoro*, Padoue, 1939.
- BALOGH (E.). — « Le rôle du droit comparé en droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, vol. 57, 1936, t. III, p. 571 et s.
- BAR (R.). — *Kartellrecht und Internationales Privatrecht*, Berne, Stämpfli et Cie, 1965, 440 p.
- BATIFFOL (H.). — *La capacité civile des étrangers en France*, Thèse, Paris, Sirey, 1929, 321 p.
- *Les conflits de lois en matière de contrats, Etude de droit international privé comparé* (citée *Contrats*), Paris, Sirey, 1938, 500 p.
- « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *Festschrift H. Lewald*, Bâle, 1953, p. 219 et s.
- « La signification de la loi désignée par les contractants », *Studi Perassi*, Milan, 1957, p. 183 et s.
- « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, t. 1, 1960, p. 39 et s.
- « Problèmes des contrats privés internationaux », *Cours I.H.E.I.*, 1961-62, 2 vol.
- « Le domaine du règlement des conflits de lois », *Cours I.H.E.I.*, 1962-63, 2 vol.
- « Problèmes actuels des nationalisations en droit international privé », *Trav. Com. fr. dr. int. priv.*, 1962-1964, p. 183 et s.
- « La propriété privée », *Cours I.H.E.I.*, 1967-68 2 vol.
- V° Contrats et conventions, *Rép. Dalloz dr. int.*
- BATIFFOL (H.) et FRANCESCAKIS (Ph.). — V° Compétence internationale, *Encyclopédie Dalloz, Procédure civile*,

- « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev. crit.*, 1959, 259 et s.
- BAUER (H.). — « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Rev. crit.*, 1966, 537 et s.
- BEALE (J.-H.). — « What Law governs the Validity of a Contract », 23. *Harvard Law Review*, 1910, p. 260 et s.
- BERNAYS (J.). — *L'action directe exercée par la victime d'un accident contre la compagnie d'assurance, notamment dans le cas où celle-ci est étrangère*, Thèse, Paris, Sirey, 1933, 164 p.
- BESSON (A.). — « La carte verte internationale d'assurance-automobile. L'action directe des victimes en France », *Rev. gén. ass. terr.*, 1968, p. 153 et s.
- BOULBÈS (R.). — « La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale », *J.C.P.*, 1962, I, 1676.
- BOUREL (P.). — *Les conflits de lois en matière d'obligations extra contractuelles*. Bibliothèque de droit privé, t. XXII, Paris, L.G.D.J., 1961, 299 p.
- BREDIN (J.-D.). — « Obligations (Effets, modalités, transmission, extinction) », *Jurisclasser de droit international*, fasc. 554.
- « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Clunet*, 1960, 1002 et s.
- BROGGINI. — *Le modalità d'esecuzione dei contratti nel diritto internazionale privato*, Freiburg in der Schweiz, 1951.
- CALEB. — *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*, Paris, Sirey, 1927, 490 p.
- CANSACCHI. — « Modalità di pagamento e lex loci solutionis » *Giur. comp. dir. int. priv.*, vol. IV, p. 279.
- CARABIBER (Ch.). — « De l'application des règles de conflit des lois étrangères de droit public et la réserve de l'ordre public », *Nouv. Rev.* 1939, p. 98 et s.
- *L'arbitrage international de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1960, 187 p.
- « L'évolution de l'arbitrage commercial international », *Rec. Cours La Haye*, vol. 99, 1960, t. I, p. 125 et s.
- *Trusts, cartels et ententes*. (Législation et jurisprudence des principaux pays industriels et de la Communauté économique européenne). Paris, L.G.D.J., 1963, 194 p.
- CARREAU (D.). — *Souveraineté et coopération monétaire internationale* (Préf. G.A. Colliard), Paris, Ed. Cujas, 1970, 530 p.
- CASTANOS. — « Les rapports de la volonté dans les traités-lois et dans les traités-contrats », *Mélanges Sefiriades*, Athènes, 1961, t. I, p. 351-365.
- CATALA (N.). — *La nature juridique du paiement*, Paris L.G.D.J., 1961, 353 p.
- CATALDI. — *La previdenza sociale nelle legislazioni straniere*, Milano, 1953.
- CERETI (C.). — *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Torino, 1925.
- CHARDENON (P.). — « Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes », *Clunet*, 1967, 290 et s.
- GLAEYS. — « Les Conventions inter-bureaux pour l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles en droit international », *Gaz. Pal.*, 1966, 1, doct. 112 et 1970, 1, doct., 54 et s.
- GOLOCASSIDES. — « La validité intrinsèque des contrats dans le droit anglais des conflits de lois, Etude terminologique », *Rev. crit.*, 1950, p. 259 et s.
- CONFORTI (B.). — *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompei, Morano Editore, 1962, 326 p.

- CONSTANTINESCO. — *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, Stuttgart et Bruxelles, W. Kohlhammer Verlag et Librairie encyclopédique, 1960, 555 p.
- COZIAN (M.). — *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969.
- CURRIE. — « Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws », *Duke Law Journal*, 1959, p. 171 et s.
- *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham University Press, 1963, 761 p.
- DAVID (C.). — *La loi étrangère devant le juge du fond*, Bibliothèque de droit international privé, vol. III, Paris, Dalloz 1965, 337 p.
- DAYANT (R.). — V° Contrats. Théorie générale. Applications, *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 552-A à 552-F.
- DEELEN (J.E.-J. TH.). — *Rechtskeuze in het Nederlands internationaal contractenrecht, een jurisprudentie. Onderzoek* (le choix du droit applicable au contrat international privé néerlandais, étude de jurisprudence). Amsterdam, Scheltema en Holkema N.V., 1965, 302 p.
- DELAUME (G.). — « De l'élimination des conflits de lois en matière monétaire réalisée par les statuts du Fonds Monétaire International et ses limites », *Clunet*, 1954.332 et s.
- DE NOVA (R.). — *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato*, Pavia, Libreria Treves dell' A.L.I., 1930, 196 p.
- « La sfera d'applicazione rispettiva della lex contractus e della lex executionis », *Giur. comp. dir. int. priv.*, vol. IX. 1943, p. 120.
- « I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia », *Diritto internazionale*, 1959, p. 13 et s. En français : « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, 1960, p. 377 et s.
- « Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules », *California Law Review*, 1966, vol. 54, p. 1569 et s.
- « I conflitti di leggi e norme sostanziali funzionalmente limitate », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, t. III, p. 699 et s.
- DESBOIS (H.). — « Des conflits de lois en matière de transferts de propriété », *Clunet*, 1931.281 et s.
- DESPAX (M.). — « La détermination des sujets de la convention collective de travail », *J.C.P.*, 1965.I.1938.
- DONNEDIEU DE VABRES (J.). — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XX^e siècle*. Thèse, Paris, Sirey, 1938.781 p.
- « Remarques sur la théorie du conflit des lois », *J.C.P.*, 1943.I.375.
- DOMKE (M.). — *La clause « dollar-or ». La non-application de la législation américaine aux emprunts internationaux*, Paris, 1935, 100 p.
- DONKER CURTIUS (F.). — « Le caractère de droit public des législations abrogatives des clauses-or », *Clunet*, 1939.31 et s.
- DRAKIDIS (Ph.). — « Du caractère « non exécutoire » de certains « contrats de change » d'après les Statuts du Fonds Monétaire International », *Rev. crit.*, 1970.963 et s.
- DREYFUS. — *L'acte juridique en droit international privé*. Thèse, Paris, 1904.
- DURAND (P.). — « Une orientation nouvelle du droit du travail. L'ordre économique et le droit du travail », *D.*, 1941. Chron. p. 29.
- ECK (J.-P.). — « Place actuelle de la théorie du paiement international dans le droit monétaire français », *Rev. crit.*, 1964.441 et s.
- V° Change, *Rép. Dalloz dr. int.*
- EHRENZWEIG (A.). — « Contracts in the Conflict of Laws » *Columbia Law Review*, vol. 59, p. 973 et s.
- EISEMANN (F.). — *Die Incoterms in internationalen Warenkaufrecht*, Stuttgart, Wesen und Geltungsrund, 1967.

- EISENMANN. — « Droit privé — Droit public », *Revue du droit public et de la science politique*, 1952, p. 903 et s.
- EL KOCHERI (A.). — *La notion de contrat international*, Thèse dactyl., Rennes, 1962, (3 vol.).
- EVAN. — « Le projet de Convention de l'International Law Association relatif au paiement des obligations exprimées en monnaie étrangère. Analyse critique », *Clunet*, 1958.406 et s.
- EWANS. — « Is a Uniform Law Affecting the Application of Workmen's Compensation Claims Desirable ? », *Albany Law Review*, t. 21, p. 171 et s.
- FEDOZZI (P.). — « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *Rec. Cours La Haye*, vol. 27, 1929, t. II, p. 141 et s.
- FERID (M.). — *Zum Abschluss von Auslandsverträgen. Eine internationale privatrechtliche Untersuchung vor konsensualen Vertragselement* (Sur la conclusion des contrats étrangers. Recherche en droit international privé des éléments préconsensuels du contrat), Düsseldorf, Econverlag GMBH, 1954, 43 p.
- FORSIUS. — « L'indépendance de la clause compromissoire en droit suédois », *Rev. Arb.*, 1955, n° 2, p. 16.
- FOSTER. — « Some Defects in the English Rules of the Conflict of laws », *B.Y.B.I.L.* 1935, p. 91 et s.
- FOUCHARD (Ph.). — *L'arbitrage commercial international*. Bibliothèque de droit international privé, vol. II, Paris, Dalloz, 1965, 611 p.
- « Quand un arbitrage est-il international ? », *Rev. Arb.* 1970.59 et s.
- FOYER (J.). — « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Rev. crit.*, 1965.39 et s.
- FRAGISTAS (Ch.-N.). — « Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé », *Rev. crit.*, 1960.1 et s.
- FRANDESCAKIS (Ph.). — *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, 306 p.
- « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, 1960, p. 113 et s.
- « Quelques précisions sur les lois « d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit.*, 1966.1 et s.
- « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967.691 et s.
- FREYRIA (Ch.). — « Sécurité sociale et droit international privé ». *Rev. crit.*, 1956.409 et s.
- « La notion de conflits de lois en droit public », *Trav. Com. fr. dr. int. priv.*, 1962-1964, p. 103 et s.
- GAMILLSHEG (F.). — « Les principes du droit du travail international », *Rev. crit.*, 1961.281 et s.
- GAUDEMET-TALLON (H.). — *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé, vol. IV, Paris Dalloz, 1965, 292 p.
- GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.). — « La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 déc. 1966 sur l'usure », *J.C.P.*, 1968.I 2171.
- GIHL (T.). — « Lois politiques et droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, 1953, vol. 83, t II, p. 167 et s.
- GIVORD (F.). — « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », *D.*, 1968, Chron., p. 15 et s.
- GOBERT (M.). — *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris, Sirey, 1957.
- GOLD. — *The International Monetary Fund and Private Business Transactions* Washington, 1965.

- *The Fund Agreement in the Courts*, Washington, 1964.
- GOLD et LACHMAN. — « Les statuts du Fonds Monétaire International et les réglementations de changes des Etats Membres », *Clunet*, 1962.667 et s.
- GOLDMAN (B.). — « Réglementation des changes et droit international privé », in : *Le contrôle des changes, ses répercussions sur les institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1955, p. 46 et s.
- « Frontières du droit et « lex mercatoria » », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964.177 et s.
- « Le droit des sociétés internationales », *Clunet*, 1963.320 et s.
- « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *Trav. Com. fr. dr. priv.*, 1966-1969, p. 119 et s.
- « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Rec. Cours La Haye*, vol. 109, 1963, t. II, p. 347 et s.
- V° Arbitrage (Droit international privé), *Rép. Dalloz dr. int.*
- GOODRICH (H.-F.). — « Nécessité d'innover : statisme contre dynamisme en matière de conflits de lois », *Rev. crit.*, 1952.435 et s.
- GOTHOT (P.). — « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.* 1971. 1 et s., 209 et s., 415 et s.
- GRANDCOURT (J.-L. de). — *Les conflits de lois en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels dans la Communauté Économique Européenne*, Thèse, dactyl. Rennes, 1965.
- « Réforme du droit des contrats d'affrètement et de transport maritime », *Dictionnaire permanent du droit des affaires*.
- GRAULICH (P.). — « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Jean Dabin*, t. II, 1963, p. 629 et s.
- GRAVESON (R.-H.). — « *The Proper Law of Commercial Contrats in the English Legal system* », Lectures, Michigan, 1951, p. 29 et s.
- GUILLIEN (R.). — « Droit public et droit privé », *Mélanges Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 311 et s.
- HAUDEK. — *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931.
- HEIZ. — *Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht*, Zurich, 1959.
- HJERNER (L. A. E.). — *Främmande valutalag och internationell privaträtt*, Stockholm, Upsala, 1956, 712 p. (sommaire en anglais).
- JITTA (J.). — *La substance des obligations en droit international privé*, La Haye, 1906.
- JOSSERAND. — « La publicisation du contrat », *Mélanges Lambert*, t. III, Paris, 1938, p. 143 et s.
- JULLIARD (P.). — « La nullité d'un contrat de change conclu en violation de l'article VIII 2-b des statuts du Fonds Monétaire International », *J.C.P.*, 1971.I.2399.
- KAGI (W.). — *Der Einfluss des Devisenrechts auf internationale schuldrechtliche Verträge*, Winterthur, Verlag Hans Schellenberg, 1961, 183 p.
- KAHN (F.). — « Die Lehre vom Ordre Public (Prohibitivgesetze) », *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, t. I, 1928, p. 161 et s.
- KAHN (Ph.). — *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961, 465 p.
- KEGEL, RUPP et ZWEIGERT. — *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, Berlin, 1941.
- KEGEL. — « The Crisis of Conflict of Laws », *Rec. Cours La Haye*, vol. 112, 1964, t. II, p. 95 et s.

- KHALIL (M.-S.). — *Le dirigisme économique et les contrats, Etude de droit comparé France, Egypte, U.R.S.S.*, (préface de M. René David), Paris, L.G.D.J., 1967, 413 p.
- KLEIN (F.-E.). — *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955.
- « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit.*, 1958.255 et s., et 479 et s.
- « Du caractère autonome de la clause compromissoire notamment en matière d'arbitrage international », *Rev. crit.*, 1961.499 et s.
- « La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international », *Rev. crit.* 1962.621 et s.
- KNAPP (Ch.). — « Vers la fin de la coupure générale des contrats dans le droit international suisse des obligations », *Annuaire suisse de droit international*, vol. V, 1948, p. 83 et s.
- KNAUTH (A.-K.). — « Renvoi and other Conflicts problems in Transportation Law », 49. *Columbia Law Review*, 1949, p. 1 et s.
- KOEPPPEL. — « Die deutsche Devisengesetzgebung », *I.P.R.*, 1938.21.
- KOHLER. — *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, 1894.
- KONDER COMPARATO (F.). — *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964, 241 p.
- IACCARINO (U.). — « Della legge applicabile ai compromessi e alle clausole compromissorie secondo il Protocollo e la Convenzione di Ginevra », *Il Foro Padano*, févr. 1960, n° 2.
- LAGARDE (P.). — *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959, 254 p.
- LALIVE (P.). — « Droit public étranger et ordre public suisse », *Eranion Maridakis*, t. III, Athènes, 1964, p. 193 et s.
- LANDO (O.). — « The Proper Law of the Contract », *Scandinavian Studies in law*, 1964, p. 107 et s.
- LA PRADELLE (G. de) — *Les conflits de loi en matière de nullité (du droit interne français au droit international privé)*, Bibliothèque de droit international privé, vol. VIII, Paris, Dalloz, 1967, 270 p.
- LEDNER (E.). — « De la question de l'ordre public en particulier eu égard à la législation relative aux nationalisations », *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1965.204 et s.
- LEHR (E.). — « De la prescription extinctive en droit international privé », *Rev. dr. int. et lég. comp.*, 1881.516 et s.
- LENCZOWSKI. — *Contribution à l'étude des obligations contractuelles en droit international privé*, Paris, 1938.
- LEREBOURS PIGEONNIÈRE (P.). — « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.1 et s.
- LEVY (J.-Ph.). — *Jurisclasser civil*, article 1895, Code civil.
- LOCHNER (A.). — *Darlehen und Arleihe im internationalen Privatrecht*, Stuttgart und Köln, W. Kohlhammer Verlag, 1954, 108 p.
- LODIGIANI (G.). — « Note sui « modi non soddisfattori » di estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato », *Jus-Rivista di scienze giuridiche*, 1968.302. et s.
- LORENZEN (E.). — « Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws », (1920) 30. *Yale Law Journal*, 565, 655 ; 31 *ibid.* 53 ; reproduit dans *Selected Articles on the Conflict of Laws*, Londres, New Haven, 1947, p. 261 et s.
- « Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws », 33. *Yale Law Journal*, 1924, p. 736 et s.
- LOUIS-LUCAS (P.). — « L'impérieuse territorialité du droit », *Rev. crit.*, 1935.633 et s.

- « Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé », *Rev. crit.*, 1952.55 et s.
- « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit.*, 1962.1 et s.
- « La liberté contractuelle et le droit international privé français », *Mélanges Dabin*, t. II, 1963, p. 743 et s.
- LOUSSOUARN (Y.). — *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Thèse, Paris, 1949.
- « La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 212.
- « Les conflits de lois en matière de contrats dans le cadre de la Communauté économique européenne », *Il diritto dell'Economia*, VII, 1961, n° 7, p. 783 et s.
- « L'Etat commerçant et la compétence juridictionnelle internationale », *Mélanges Kollewijn-Offerhaus*, Leyde, 1962, p. 318 et s.
- « Les conséquences en droit international privé du développement du rôle de l'Etat », IV^e Congrès international de droit comparé, Hambourg, 1962, *Etudes de droit contemporain*, Paris, éd. Cujas, p. 293 et s.
- « La Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 313 et s.
- « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », *J.C.P.*, 1968.I.2140.
- « La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière », *Clunet*, 1969.5 et s.
- LYON-CAEN (G.). — « La convention collective de travail en droit international privé », *Clunet*, 1964.247 et s.
- MALAURIE (Ph.). — « Forme des actes. La règle *Locus regit actum* », *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 551-B.
- « Le droit français et la diversité des langues », *Clunet*, 1965.587 et s.
- MALINTOPPI. — « I rapporti di lavoro nel diritto internazionale privato italiano », *Il diritto dell'Economia*, 1958.664 et s.
- MANN (F.-A.). — « Proper Law and Illegality in Private International Law », *B.Y.B.I.L.*, 1937, p. 107 et s.
- *The Legal Aspects of Money with Special Reference to Comparative Private and Public International Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1953, 488 p.
- « Öffentliche Ansprüche im Internationalen Rechtsverkehr », *Rebels Z.* 21 (1956) p. 3 et s.
- « Illegality and the Conflict of Laws », *The Modern Law Review*, 1958, p. 130.
- MAURY (J.). — « La lésion dans les contrats », *Rev. crit.*, 1936.344 et s.
- *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, Casa Martin, 1952, 174 p.
- « L'ordre public en droit international privé français et allemand. Convergences et divergences », *Rev. crit.*, 1954.7 et s.
- MEIERHOF. — *La portée des qualifications en droit international privé*, Thèse, Dijon, 1938.
- MESSINESI (P.). — *La contrebande en droit international privé*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1932, 153 p.
- MESTRE (A.). — « La notion de lois politiques », *Gaz. Pal.*, 1938.1, Doct. 4.
- MEZENERICS. — « Application of Foreign Exchange Laws by Foreign Courts », *Acta juridica*, Budapest, 1963, p. 43 et s.
- MEZGER (E.). — « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé », *Mélanges Maury*, t. I, 1960, p. 273 et s.
- « Vers la consécration aux Etats-Unis de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international », *Rev. crit.*, 1968.25 et s.
- V^o Pratiques restrictives de la concurrence, *Rép. Dalloz dr. int.*

- MICHEL (J.). — *La prescription libératoire en droit international privé*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1911, 260 p.
- MONACO. — « La loi applicable au fond du litige dans la Convention européenne sur l'arbitrage commercial », *Mélanges Offerhaus et Kollewijn*, Leyde, 1962, p. 331 et s.
- MORRIS (J.-C.). — « The Eclipse of the *Lex Loci Solutionis*, a Fallacy Exploded », *Vanderbilt Law Review*, 1952.153, p. 505 et s.
- MOSER. — *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, St Gallen, Verlag der Fehr'schen Buchhanlung, 1948, 253 p.
- NEUMAYER (K.). — « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.*, 1957.579 et s. et 1958. 53 et s.
- « Die Notgesetzgebung der Wirtschaftsrechts im internationalem Privatrecht », *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, fasc. 2, 1958, p. 35 et s.
- NEUMEYER (K.). — *Internationales Verwaltungsrecht*, t. IV, 1936.
- NIAL. — « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 417 et s.
- NIBOYET (J.-P.). — « L'universalité des règles de solutions des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? » *Rev. crit.*, 1950.509 et s.
- NIEDERER. — *Einige Gründfragen des Ordre public*, 1954, p. 94.
- *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich Polygraphischer Verlag A.G., 1961, 405 p.
- NOLDE. — « Les conséquences internationales de la loi monétaire du 1^{er} octobre 1936 ». *Rev. crit.*, 1937.26 et s.
- NUSSBAUM. — *Money in Law National and International*, 2^e éd. Brooklyn, 1950, 618 p.
- OTTOLENGHI. — « I contratti fra assenti nel diritto internazionale privato », *Scritti di diritto internazionale*, Turin, 1860, vol. I, p. 136.
- OVERBECK (A.-Evon). — « Les règles du droit international privé matériel » *Mélanges Kollewijn et Offerhaus*, Leyde, 1962, p. 362 et s.
- PEDAMON (M.). — « Le régime contemporain des clauses monétaires », *D.*, 1958, Chron., p. 101 et s.
- PEROT-MOREL. — *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, Dalloz, 1961, 294 p.
- PERROUD (J.). — « De l'extension extraterritoriale des lois de police et de sûreté comme conséquence de l'autonomie de la volonté ». *Clunet*, 1906, 633 et s.
- « Les conflits de lois en matière d'accidents du travail », *Clunet*, 1912, 385 et s.
- « L'action directe de la partie lésée contre les compagnies d'assurances étrangères », *Rev. gén. ass. terr.*, 1931, p. 17 et s.
- « De la loi applicable aux conditions de validité des contrats », *Clunet*, 1933, p. 289 et s.
- PHILONENKO. — « De la prescription extinctive en droit international privé », *Clunet*, 1936, 259 et s. et 513 et s.
- PILLET. — « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1894, p. 417 et s.
- PLAISANT (R.). — « Les ententes économiques en droit international », *Etudes de droit contemporain* (Contributions françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de droit comparé), Paris, Sirey, 1959, p. 325 et s.
- PONTAVICE (E. du). — « Loi du 18 juin 1966 et décret du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime », *J.C.P.*, 1967.I.2063.

- POPESCU. — *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, thèse, Paris, 1937.
- QUADRI (R.). — « L'interpretazione dei negozi giuridici nel diritto internazionale privato », *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. III, 1939 ; reproduit dans *Studi critici di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 241 et s.
- « Leggi politiche e diritto internazionale privato », *Giur. comp. dir. int. priv.*, vol. X (1943), p. 185 et s., reproduit dans *Studi critici di diritto internazionale*, *Diritto internazionale privato*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 363 et s.
- « Problemi fondamentali del diritto internazionale privato del lavoro », *Jus Gentium*, vol. III, 1940, p. 154 et s.
- RASHBA. — « Foreign Exchange Restrictions and Public Policy », *Michigan law Review*, 1943, p. 1089 et s.
- REESE (W.). — « Discussion of Major Areas of Choice of Law » *Rec., Cours La Haye*, vol. 111, 1964, t. I, p. 315 et s.
- REISS (J.). — *Portée internationale des lois interdisant les clauses-or*, Thèse, Paris, 1936.
- REITHMANN (Ch.). — *Internationales Vertragsrecht*, Köln, Verlag Dr Otto Schmidt, 1963, 391 p.
- RESCEI (L.). — « Die Anknüpfung des Obligationsstatuts im Internationalen Privatrecht », *Fragen des Internationalen Privatrechts*, Berlin, Veb Deutscher Zentralverlag, 1958, p. 145 et s.
- RIBETTES-THILLET (J.). — « Conflits de lois et représentation commerciale », *Clunet*, 1964, 48 et s.
- RIEG. — *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, (Préface R. Perrot), Paris, L.G.D.J., 1961.
- RIGAUX (F.). — *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1956, 525 p.
- « Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international », *Mélanges Dabin*, t. I., Bruxelles et Paris, Ets. E. Bruylant et Sirey, 1963, p. 247 et s.
- RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949.
- RIPHAGEN (W.). — « The Relationship Between Public and Private Law and Rules of Conflict of Laws », *Rec. Cours La Haye*, vol. 102, 1961, t. I., p. 215 et s.
- ROBERT (J.). — *Arbitrage civil et commercial. Droit interne et droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1967, 660 p.
- ROBLOT (R.). — « Les répercussions de la réglementation française des changes sur la formation et l'exécution des obligations », *Droit social*, 1954, p. 129 et s.
- ROLIN (H.). — « Vers un ordre public réellement international », *Mélanges Basdevant*, Paris, A. Pedone, 1960, p. 441 et s.
- ROUAST (A.). — « Les conflits de lois relatifs au contrat de travail », *Mélanges Pillet*, t. I, Paris, Sirey, 1929, p. 195 et s.
- ROUAST et GIVORD. — *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*, Paris, 1935 et suppl. 1939.
- ROUBIER (P.). — *Le droit transitoire*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 590 p.
- *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, 1951.
- ROUHETTE. — *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*. Thèse, Paris, 1966.
- RUBELLIN-DEVICHI (J.). — *L'arbitrage (nature juridique, droit interne et droit international privé)*. Paris, L.G.D.J., 1965, 412 p.

- SAUSER-HALL (G.). — « La clause-or dans les contrats publics et privés », *Rec., Cours La Haye*, vol. 60, 1937, t. II, p. 675 et s.
- SAUVEPLANNE. — *Voorntzichten vande Rechtswetenschap*, 1964, p. 279 et s.
- SAVATIER (R.). — *Du droit civil au droit public*, 2^e éd., Paris, 1950.
- SCHLESINGER. — *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York, Londres, 1968, Oceana Stevens, 1728 p., 2 vol.
- SCHMITTHOFF (G.-M.). — « Les nouvelles sources du droit commercial international », *Rev. int. des sciences sociales*, 1963, p. 267 et s.
- SCHWARTZ. — *Deutsches internationales Kartellrecht*, 1962.
- SERIK (R.). — « Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht », *Rabels Z.* 18 (1953), p. 631 et s.
- SIMON-DEPITRE (M.). — « Droit du travail et conflits de lois devant le II^e Congrès international de droit du travail », *Rev. crit.*, 1968, p. 285 et s.
- SIMON-DEPITRE (M.) et LEGENDRE (Cl.). — « La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transport maritime et le droit international privé », *Clunet*, 1967.598 et s.
- SOYER (J.-Cl.). — « Le droit nouveau des contrats d'affrètement et de transport maritime », *Rev. trim. dr. com.* 1967, p. 1 et s. et 375 et s.
— « Les aspects de droit international privé de la réforme du droit maritime », *Clunet*, 1963.610.
- STEINDORFF (E.). — *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a. Main, V. Klostermann, 1958, 288 p.
- STOUFFLET (J.). — « L'ouverture du crédit bancaire en droit international privé », *Clunet*, 1966.582 et s.
- SUMIEN. — *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1957.
- SURVILLE. — « Du contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux », *Clunet*, 1891.361 et s.
- SZLADITS (Ch.). — « Illegality of Prohibited Contracts : Comparative Aspects », *Mélanges Yntema*, Leyden, A. W. Sythoff, 1961, p. 221 et s.
- THUR VON — *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, 1942, p. 259.
- TORSTEN GIHL. — « Lois politiques et droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, vol. 83, 1953, t. II, p. 167 et s.
- TOUBIANA (A.). — V^o Assurances terrestres, *Rép. Dalloz dr. int.*
— V^o Contrat administratif, *Rép. Dalloz dr. int.*
- TREILHARD. — « La violence, vice du consentement en droit comparé », *Mélanges Laborde-Lacoste*, 1964.
- TREVES (T.). — *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1967, 345 p.
- VANDER ELST (R.). — *Les lois de police et de sûreté en droit international privé belge et français*, Paris et Bruxelles, Sirey, Parthénon, t. I, 1956, 201 p.; t. II, 1963, 449 p.
— « L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge », *Mélanges Baron Louis Fredericq*, t. II, Gand, E. Story-Scientia, 1966, p. 977 et s.
- VAN HECKE (G.). — « Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1955, vol. 32, p. 81 et s.
— *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Bibliotheca Visseriana, vol. XVIII, Leyde, E. J. Brill, 1^{re} éd. 1955; 2^e éd., 1964.
— « Le droit anti-trust : aspects comparatifs et internationaux », *Rec. Cours La Haye*, vol. 106, 1962, t. II, p. 257 et s.

- VASSEUR (M.). — « Un nouvel essor du concept contractuel, les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *Rec. trim. dr. com.*, 1964, p. 5 et s.
- « Délai préfix, délai de prescription, délai de procédure », *Rev. trim. dr. com.*, 1950, p. 455 et s.
- VEDEL (G.). — « Rapport au Congrès international de l'arbitrage », *Rev. Arb.* 1961, p. 116 et s.
- VENTURINI. — *Gli infortuni sul lavoro nel diritto internazionale privato italiano*, Milan, 1940.
- « Il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato in presenza di leggi stranieri di diritto pubblico », *Giur. comp. dir. int. priv.*, vol. VII (1941), p. 290 et s.
- « La disciplina di diritto internazionale privato del rapporto di lavoro », *Studi Parmensi*, vol. I, 1951, p. 33 et s.
- « La disciplina degli infortuni sul lavoro nel diritto internazionale privato », *Riv. Dir. Lavoro*, 1951.
- VISCHER (F.). — « Kollisionrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung », *Festgabe Max Gerwig*, Bâle, 1960, p. 197 et s.
- *Internationales Vertragsrecht*, Bern, Verlag Stampfli & Cie, 1962, 275 p.
- DE VISSCHER (Ch.). — « Du moment et du lieu de formation des contrats par correspondance en droit international privé », *Rev. dr. int. et lég. comp.*, 1938, t. XIX, p. 88 et s.
- VIVIER (G.). — « Le caractère bilatéral des conflits de lois », *Rev. crit.*, 1953.655 et s.
- VOGEL (K.). — *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Frankfurt a. Main, Alfred Metzner Verlag, 1965, 480 p.
- VOIRIN (M.). — « La Sécurité sociale des migrants et les droits de l'homme (Le droit communautaire au carrefour du droit international et du droit interne) », *Rev. trim. dr. europ.*, 1968, p. 720 et s.
- WENGLER (W.). — « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, p. 168 et s.
- « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Rev. crit.*, 1953.43 et s.
- « La situation des droits », *Rev. crit.*, 1957.185 et s. et 409 et s.
- « Die Anwendung ausländischer politischer Gesetze », (en allemand et en grec), *Woche des Deutschen und Griechischen Rechts, Thessaloniki*, 1958, p. 32 et s.
- WIBAUT (J.). — « Le droit de la Sécurité sociale et la notion de conflits de lois », *Droit Social*, 1965.318 et s.
- WIDMER. — *Die Bestimmung des massgebenden Rechts im internationalen Vertragsrechts*.
- DE WINTER. — Article à la *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1964, p. 329 et s. (résumé en français, p. 361-365).
- « La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé », *Rev. crit.*, 1968.577 et s.
- YNTEMA (H.-E.). — « Autonomy in Choice of Law », *American Journal of Comparative Law*, 1952, p. 341 et s.
- ZANNINI. — « Efficacia della *lex loci executionis* nel regolamento della obbligazioni contrattuali », *Annali di diritto internazionale*, 1949, p. 87 et s.

- « Le legge politiche nel diritto internazionale privato », *Annali di diritto internazionale*, 1951, p. 49 et s.
- « Competenza rispettiva della *lex contractus* e della *lex loci solutionis* », *Giur. comp. dir. int. priv.*, vol. XII, 1956 p. 11 et s.
- ZWEIGERT. — « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leitungsverbote », *Rabels Z'* 14 (1942), p. 283 et s.
- « Zum Abschlussort Schuldrechtlicher Distanzverträge », *Mélanges Rabel*, t. I, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1954, p. 631 et s.
- « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.645 et s.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres sans autre indication renvoient aux numéros

Abu d'Habi : 2.

Accident du travail : 297, 300, **301** et s.

— V. Conventions internationales, Sécurité sociale.

Accords d'Evian : 232, 358.

— V. Nationalisations, Ordre public.

« Actes d'exécution » : 107, **113** et s., 297.

— V. Exécution du contrat, « Modalités d'exécution ».

Action directe : 297, 313, **314** et s.

— V. Convention de La Haye d'octobre 1968, Conventions inter-bureaux.

Action publique :

— et responsabilité contractuelle : 162 et s. (v. Délais).

Affrètement : note 4 p. 133, note 1 p. 134.

American Trading Co Québec Steamship : 5, 11, 14, **58** et s., 85.

Anatocisme : 46, note 4 p. 117.

Arbitrage : 1, 2.

— sentences arbitrales : note 2 p. 62, note 2 p. 156.

— V. Clause compromissoire, Faculté de l'Etat de compromettre, Règles matérielles de droit international privé.

Article 3 alinéa 1 du Code civil : note 3 et 5 p. 168, 243 et s., **280** et s.

— bilatéralisation de l'article 3 alinéa 1 : 280 et s.

— V. Lois de police.

Articles 14 et 15 du Code civil : note 1 p. 70, 81, 83, 130, 306.

Article 517 d du Code de commerce néerlandais : note 8 p. 47, 253, 291.

Assurance :

— loi applicable au contrat d'assurance : note 4 p. 288.

— dol par réticence dans l'exécution du contrat : note 1 p. 18.

— V. Action directe, Conventions inter-bureaux, Police formaliste du contrat, Subrogation légale.

Astreinte : note 2 p. 105.

— V. Exécution forcée.

Autonomie de la volonté : 4, 5, 6, 29, **31**, 32 et s., 34 et s., 59, note 1 p. 152, 311 *bis*.

— et contrat de choix : 30 et 31 (v. Cercle vicieux).

— et contrats dirigés : 188.

— V. Contrat, Localisation de contrat, Loi du contrat.

Bail :

— loyers : note 1 p. 84, 327.

— V. Maintien dans les lieux.

Banque ottomane : note 3 p. 198, 265, note 6 p. 302.

BARTOLE : note 6 p. 104, note 1 p. 139.

Bretton Woods (Accords de) : 199, **228** et s., 330 et s.

— V. Change, Ordre public.

Capacité : 12, 24, note 8 p. 52.

— de s'engager dans l'armée : 245, 246.

Cargaisons déroutées : 2, note 1 p. 78.

Cartel (loi anti- —) : 254, 288, 330.

— V. Lois de police.

Cause du contrat :

- exigence d'une cause : 37 et s. (v. Lésion).
- licéité de la cause, 44 et s., 263 (v. Licéité du contrat).

Cautionnement : 328, 329.

Cercle vicieux : 29 et s. (v. Autonomie de la volonté).

Change (légalisations de) : 254.

- autorisations administratives exigées par les législations de change : note 2 p. 156, 326 (v. Police formaliste du contrat).
- influence de la législation de change française sur la validité des clauses monétaires : note 1 p. 309.
- influence des Accords de Bretton Woods sur les exigences de l'ordre public : 199, 228 et s.
- influence des législations de change sur la libération du débiteur : 334, 336, 340 et s. (v. Force majeure, Paiement).
- influence des législations de change sur la validité du contrat : 326, 330 et s.
- l'inapplicabilité des législations de change étrangères : note 5 p. 171, 203, 215, 224, 225, 226, 228 et s. (v. Bretton Woods, Lois de droit public, Lois politiques, Ordre public, Territorialité).
- V. Lois d'application immédiate, Lois de police.

Chevalley : note 4 et 5 p. 34, 47.

Clause compromissoire : note 3 p. 21, 63 et s.

- autonomie de la clause compromissoire : 66 et s.
- clause insérée sans un contrat de travail : 77.
- en matière d'acte mixte : note 5, p. 52, 65, note 2 p. 59, 77.
- V. Convention de New York de 1958, Convention européenne de 1961, Faculté de l'Etat de compromettre, Règles matérielles de droit international privé.

Clauses de responsabilité : 57 et s., 141, 168, 169 (v. Responsabilité).

Clause-or : v. Clauses monétaires.

Clauses monétaires :

- exécution des — : 337 et s., 340 et s.
- incidence des législations de changes sur la validité des — : note 1 et 2 p. 300.
- licéité des — : note 1 p. 308, note 1 p. 309.
- V. Change, Emprunt, Joint Resolution, Indexation, Lois de police, Paiement.

Clause pénale : 169.

Clause de prorogation de for : 79 et s.

- clause insérée dans un contrat de travail : 83 et s.

Colombo : note 1 p. 309, note 3 p. 314.

Compensation : note 2 p. 86.

Conclusion du contrat : 17 et s.

- moment et lieu de — : 18.
- V. Consentement, Contrats par correspondance.

Condition des étrangers : 254.

Consentement : 16 et s.

- échange des consentements : 17 et s. (v. Contrats par correspondance, Conclusion du contrat).
- vices du consentement : 21 et s. (v. Exécution du contrat).

Conséquences légales du contrat : 177, 297, 299 et s.

- V. Accident du travail, Action directe, Lois de police, Subrogation légale, Travail (rupture du contrat de —).

Contrat :

- notion de contrat : 6, note 1 p. 5, 9, 11, 14, 180 (v. Dirigisme étatique).
- loi applicable au contrat : 3 et s. (v. Localisation du contrat, Loi d'autonomie).
- loi applicable au contrat et domaine de la loi du contrat : 4, 7, 12, note 2 p. 35, 188 (v. Lois de police, Morcellement du contrat, Unité du contrat).
- V. Affrètement, Assurance, Cautionnement, Emprunt, Entente, Représentation, Société, Transport, Travail, Vente.

Contrats dirigés : 188, 326 (v. Autonomie de la volonté, Dirigisme étatique).

- Contrats par correspondance : **17** et s., 99.
- Contrat sans loi (dit) : 1, 2, 71.
- Contrats-type : 1.
- Contrebande : 263.
- Conventions collectives du travail : 308, 311.
- Convention de Bruxelles du 25 août 1924 : 60, 253 (v. Transport maritime de marchandises).
- Convention de Bruxelles du 29 avril 1961 relative au transport maritime de passagers : note 4 p. 133 (v. Transport).
- Convention de La Haye du 15 juin 1955 relative aux conflits de lois en matière de vente d'objets mobiliers corporels : note 2 p. 123, 154, 156 (v. Vente).
- Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (octobre 1968) : note 7 p. 287 (v. Action directe).
- Convention de New York du 14 juin 1958 : 73, 74, 75.
— V. Clause compromissoire.
- Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 : 73, 74, 75, note 2 p. 58.
— V. Clause compromissoire.
- Convention inter-bureaux : note 7 p. 287, note 4 p. 289.
— V. Action directe, Assurance.
- Conventions internationales :
— incidence sur les exigences de l'ordre public : 227 et s.
— en matière de sécurité sociale : 306.
- Coopération entre Etats : 185, 199, 223, 276 et 277.
- Coupure :
— grande — : 47.
— petite — : note 9 p. 36.
— V. Validité du contrat.
- Créance Woëllert : 214, 220, 226.
- Délais :
— préfix : note 5 p. 91.
— de prescription : 101 et s.
— de dénonciation de vices de la marchandise vendue : 151 et s.
— de dénonciation des vices de la marchandise transportée : 151 et s.
— d'exercice des actions en responsabilité contractuelle : 157 et s.
— de grâce : 119, 120.
- Diamantidis* : note 1 p. 309, note 3 et 7 p. 314.
- Dirigisme étatique : 6, 176 et s. (v. Lois de police).
- « Dispositions impératives du droit des obligations : 193, 199, 260, **273** et s., 284.
— V. Lois de police.
- Dommages-intérêts : 127, 128, **171** et s.
— moratoires : 142.
— V. Responsabilité.
- Droit économique : 178 (v. Lois de police).
- Droit public :
— V. Lois de droit public.
- Droit maritime :
— opérations de manutention : note 4 p. 222.
— V. Affrètement, Article 517 *d* du Code de commerce néerlandais, Conventions de Bruxelles de 1924 et de 1961, Navire, Transport.
- Echange : 327.
- Effets du contrat : 11, **85** et s.
— V. Conséquences légales du contrat, « Suites et effets » du contrat.
- Emprunt :
— V. Anatocisme, Clauses monétaires, Usure.
— V. *Emprunt ville d'Anvers, Emprunts serbe et brésilien, French Republic, Messageries maritimes.*
- Emprunts serbe et brésilien* : note 2 p. 2, 117.
- Emprunt ville d'Anvers* : 202.
- Entente :
— V. Cartel.
- Exécution du contrat : note 7 p. 37, 86, **107** et s., 297 (v. Libération du débiteur, Paiement).
— « actes d'exécution » : **113** et s., 297.
— exécution forcée : note 2 p. 105.
— « modalités d'exécution » : 51, **117** et s., 192.

- notion d'exécution : 108 et 109.
- retard dans l'exécution : 142 (v. Mise en demeure).
- Vice du consentement dans l'exécution (dol) : note 1 p. 18.

Faculté de l'Etat de compromettre : 64, note 8 p. 52, 71.

- V. Clause compromissoire, Règles matérielles de droit international privé.

Fiançailles : note 4 p. 109.

FOELIX : note 6 p. 104, note 3 p. 123, note 1 p. 139.

Force majeure : note 3 p. 83, 144 et 145, 336, 347.

Force obligatoire du contrat : 86.

Formalités : 147 et s.

- V. Délais, Forme, Mise en demeure, Transport, Vente.

Forme : 12, 14 (v. *Locus regit actum*, Formalités).

- police formaliste du contrat : 326.

Fraude : 34.

- à la loi étrangère : 265, note 5 p. 252.

French Republic : note 5 p. 171, 338, note 2 p. 315.

Galakis : note 1 p. 2, note 8 p. 52, 70, 71.

Gage :

- droit de gage du créancier sur les biens de son débiteur (2092 C. civ.) : 347, 348, 356, 357,
- V. Patrimoine (unité du).

Gosset : 64, 65, 68, note 5 p. 65.

Imprévision : 95.

Indexation :

- V. Clauses monétaires.

Inexécution du contrat : 127 et s.

- V. Responsabilité, Résolution, Ré-siliation, Dommages-intérêts.
- exception d'inexécution : notes 1 et 3 p. 105.

Interprétation :

- du contrat : 90 et s.
- des termes du contrat : 92.

Joint Resolution : note 1 p. 169, note 3 p. 186, note 1 p. 193, 238, 337 et s.

- V. Emprunt, Lois de police, Lois monétaires, Monnaie.

Jus gentium : 1, 2, 185.

Kilberg / Northeast Airlines : 135, note 3 p. 139.

Le Kid : 14, note 5 p. 168, 326.

Lésion : 39 et s.

Lex fori : 18, 19, 31, note 3 p. 38, 72, 73, 74, 91, 99, 104, 105, 120, 128, 142, 160, 166 et s.

Lex rei sitae : 12, 40 et s., 86, note 4 p. 87, 123, note 3 p. 105.

Libération du débiteur : 144 et s., 297, 333 et s.

- effet des lois de police monétaire sur la — : 334 et s.

— effet des nationalisations sur la — : 346 et s.

- V. Exécution du contrat, Force majeure, Responsabilité.

Licéité du contrat : 44 et s.

- en droit américain : 48 et 49.

— en droit anglais : 49 et s., 192.

— en droit français : 44 et s.

— en droit suisse : 47.

- effets des lois de police sur la validité du contrat : 325 et s.

Localisation du contrat : 7, note 4 p. 23, 34, 188.

- V. Autonomie de la volonté, Contrat, Loi du contrat.

Locus regit actum : 12, 33, 123, note 4 p. 302.

- V. Formalités, Forme.

Loi d'autonomie :

- V. Autonomie de la volonté, Contrat, Localisation du contrat, Loi du contrat.

Loi du contrat (loi contractuelle) : 2.

- Conflits de frontières avec les autres règles de rattachement : 12 et 13 (v. Unité du contrat, Morcellement du contrat).

— interférences avec les lois de police : 324 et s. (v. Libération du débiteur, Validité de contrat).

- V. Autonomie de la volonté, Contrats, Localisation du contrat, Loi d'autonomie.

Loi étrangère :

- application d'office de la — : 278.
- fraude à la — : 265.
- infériorité de la condition de la — : 225, note 1 p. 209.
- interprétation de la — par analogie avec la loi française : 354.
- violation de la — : 262 et s.
- V. Lois de droit public, Lois de police.

Lois d'application immédiate : 161, 193, **251** et s.

- notion de —, 251 et s.
- et lois de police : 251, 253 et 290 (v. Lois de police).
- et règles de conflit : **257** et s.
- et règles matérielles de droit international privé : 257.
- et ordre public : note 4 p. 220.

Lois ayant un domaine d'application limité dans l'espace : 235 et s. (v. Territorialité).

- V. Lois d'application immédiate, Lois de police.

Lois de droit public :

- la distinction droit privé — droit public, note 4 p. 175, **208** et s.
- l'applicabilité des lois étrangères de droit public : 187, 195, 201, **202** et s.
- règles de conflit de droit public : note 1 p. 173, **206** et s.
- V. Lois de police, Lois politiques, Territorialité.

Lois de police :

- bilatéralisation des solutions admises en faveur de la loi du for : 271, 272, 273, **286** et s. (v. Article 3 du Code civil).
- équivoque avec la notion de modalités d'exécution : 123.
- et loi du contrat : 296 et s. (v. Conséquences légales du contrat).
- formulation d'une règle générale de rattachement relative aux lois de police : 283 et s.
- incidence des lois de police sur la libération du débiteur : 333 et s.
- incidence sur la validité du contrat : 325 et s.
- influence de fait des lois de police sur le contrat : 145, 190.
- inutilité de la distinction lois de police contractuelle et extracontractuelle : note 1 p. 154, 276.

— la limitation de l'intervention de l'ordre public international à l'encontre des lois de police étrangère : 223 et s.

— l'applicabilité des lois de police étrangères : 194, 195 et s. (v. Lois de droit public, Loi de police et de sûreté, Lois pénales, Lois politiques, Ordre public, Territorialité).

— l'ordre public, sanction de la violation de la loi de police étrangère : 262 et s. (v. Contrebande, Ordre public).

— nécessité de reconnaître l'existence d'une nouvelle catégorie de rattachement relative aux lois de police : 267 et s. (v. Règles de conflit de lois).

— notion de lois de police : 8, 176 et s. (v. Dirigisme étatique, Dispositions impératives du droit des obligations, Lois d'application immédiate).

— police formaliste du contrat : 326.

— procédés utilisés pour faire application des lois de police du for : 242 et s. (v. Lois d'application immédiate, Lois d'ordre public, Ordre public).

— tendance à une conception pléthorique de la notion de loi de police : 246 et s.

Lois de police et de sûreté : note 2 p. 153, 187, 201, 241, 243.

- V. Article 3 alinéa 1^{er} du Code civil, Lois de police.

« Lois d'ordre public » : 239, 241, 243, 245, 246.

- V. Lois d'application immédiate, Lois de police, Ordre public.

Lois monétaires :

- l'inapplicabilité des lois monétaires étrangères : 203, 215 (v. Change, Clauses monétaires, *Joint Resolution*, Lois de droit public, Lois de police, Lois politiques, Ordre public, Paiement, Territorialité).

Lois pénales : 195, note 5 p. 168, note 1 p. 171, note 3 p. 175, note 2 p. 178, note 1 p. 184.

- V. Lois de police, Territorialité.

« Lois politiques » : 187, 195, 201, **215** et s.

- l'exclusion du domaine des conflits de lois dans la doctrine classique : 216 et s.
- dans la doctrine moderne : 219 et s.
- notions : 215, 218, 219 et s.
- V. Lois de droit public, Lois de police, Ordre public, Territorialité.

- Maintien dans les lieux : 297, note 3 p. 269 (v. Bail).

- Messageries maritimes* :
 - *Mouren* : note 1 p. 2, note 7 p. 26, note 1 p. 83, note 5 p. 171, note 1 p. 286, note 1 p. 309, note 2 p. 311, note 2 p. 313.
 - *Herman* : 339.
 - *Shuman* : note 2 p. 313, 341.

- Mise en demeure : 119, **148** et s.
- « Modalités d'exécution » : 51, 107, **117** et s., 143, 152, 192.
- V. Exécution, « Actes d'exécution ».

- Monnaie :
 - V. Change, Clauses monétaires, Lois monétaires, Paiement.

- Moratoire : 119, 120, 179, 238.
- V. Lois de police.

- Morcellement du contrat : 3, 4, 13, 47, note 9 p. 36, 55, note 1 p. 76, 112, note 2 p. 152, 240.
- V. Lois de police, Unité du contrat.

- Myrtoon Steamship* : 65, 71.

- Nationalisations : note 2 p. 182.
- exigence de l'ordre public en matière de nationalisation : 232 et s., 348 et 349, 353, 354, 358 (v. Accords d'Evian).
- incidences des lois de nationalisation algérienne sur la libération du débiteur : 346 et s.

- Navire :
 - abandon du — (anc. art. 216 C. com.) : 173 (v. Responsabilité).
 - perte de la francisation (art. 57, loi 3 janv. 1967) : note 2 p. 211 (v. Lois de police).

- Novation : note 3 p. 86, 348, 352, 354 et s. (v. Nationalisations).

- Nullité du contrat : note 4 p. 42, 67.
- V. Consentement, Forme, Licéité du contrat, Validité du contrat.
- nullités partielles : 67.

- Objet du contrat : 36, 47.
- V. Licéité du contrat.

- Obligations : **87** et s.
- à l'égard des tiers : note 3 p. 77.
- à terme : 100.
- étendue des — : 88 et s. (v. Interprétation, Licéité du contrat).
- extinction des — : 98, 100 et s. (v. Exécution, Novation, Paiement Prescription).
- sans cause : 38.
- sous condition : 100.

- Ordre public :
 - à fonction positive : 225, 239 (v. — réellement international).
 - circonstance de rattachement à la loi du for : 259, 248 et s. (v. Lois d'application immédiate).
 - confusion avec les notions de lois de police et de lois d'ordre public : 245.
 - étranger : note 4 p. 158, note 4 p. 172, note 1 p. 218, 265, 266.
 - et territorialité : note 5 p. 165.
 - facteurs de nature à réduire les exigences de l'ordre public international à l'égard des lois de police : **223** et s. (v. Conventions internationales, Lois de police).
 - international : 6, 8, 26 et s., 38, 60, 74, 77, 184, 189, 194, 197, 198, 214, 215, **222** et s., 241 et s., **262** et s.
 - réellement international : 262, **264** et s.

- Paiement :
 - après dévaluation de la monnaie de compte : 337 et s.
 - détermination de la monnaie de — : note 1 p. 99.
 - détermination du lieu de — : note 1 p. 92.
 - en monnaie locale : 340 et s.
 - en compte bloqué : 342 et s.
 - nature juridique du — : 116 (v. Exécution du contrat).
 - V. Change, Clauses monétaires, Règlement international.

- Partage : 43.
- V. Lésion.

- Patrimoine (unité du —) : 355 et s.
- absence de caractère d'ordre public international : 357.
- lien avec le droit de gage du créancier sur les biens de son débiteur : 356, 357.

Peine privée : note 2 p. 178.

Pélissier du Besset : note 1 p. 309.

— V. Règlement international, Clauses monétaires.

PILLET : note 4 p. 226, 274.

« Police du contrat » : 182.

— V. Lois de police.

Préjudice :

— éléments réparables du — : 167 et s.

— indirect : 167, 172.

— moral en matière délictuelle : note 3 p. 140, 245.

— modes de réparation du — 170 et s. (v. Dommages-intérêts, Navire).

— V. Responsabilité.

Proper law of the contract : 50, 52.

Proper law of the tort : note 5 p. 112.

Prescription extinctive :

— des obligations : 101 et s.

— des actions en responsabilité contractuelle : **157** et s. (v. Action publique, Transport, Vente).

Preuve : 12.

— preuve de la faute contractuelle : 143.

Propriété littéraire : note 5 p. 224.

Qualification : 3, 12, 35, 129.

— du contrat : 93 et 94.

— de la prescription : 103 et s.

— de la responsabilité : 129 et s.

Réfaction du contrat : 96 (v. Vente)

Regazzoni/Sethia : note 5 p. 182, 263.

Règlement international : note 2 p. 308, note 1 p. 309.

— V. Clauses monétaires.

Règles de conflit de lois :

— caractère bilatéral ou unilatéral : note 1 p. 173, 206 et s., 259.

— de droit public : note 1 p. 173, **206** et s.

— et lois d'application immédiate : 257 et s. (v. Lois d'application immédiate).

— et lois de police : 251 (v. Lois de police).

— et règles matérielles de droit international privé : 257 (v. Règles matérielles).

— et territorialité : v. Territorialité.

Règles matérielles de droit international privé : 65, 68, 71, 76, 184, note 2 p. 157, 257, note 1 p. 309.

— V. Clause compromissoire, Clauses monétaires, Faculté de l'Etat de compromettre, Lois d'application immédiate, Règles de conflit.

Renvoi : note 2 p. 15, note 2 p. 85, note 2 p. 104, 161, 237, 270, 271.

Représentation :

— V. Travail, V.R.P.

Résiliation : note 4 p. 105, 336.

— V. Inexécution du contrat.

Résolution : 128.

— V. Inexécution du contrat.

— action estimatoire : 96, 151, 161.

— conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle : 138 et s. (v. Formalités, Mise en demeure).

— cumul de responsabilités : note 4 p. 138.

— du transporteur de personnes : 129, **132** et s. (v. Transport, Transport bénévole).

— exonération du débiteur : 144 et s. (v. Libération du débiteur).

— prescription de l'action en responsabilité : 101, **157** et s.

— qualification contractuelle ou délictuelle : 129 et s.

— unification des règles de rattachement en matière contractuelle et délictuelle : 135.

Responsabilité : **128** et s.

— V. Clauses de responsabilité, Dommages-intérêts, Préjudice.

Royal Dutch :

— jurisprudence française : note 5 p. 190, 233, note 2 p. 232.

— jurisprudence suisse : note 1 p. 181.

San Carlo : notes 7 et 8 p. 52, 71.

Sécurité sociale : note 5 p. 231.

— recours subrogatoire de Caisses de sécurité sociales étrangères : 321.

— V. Accidents du travail, Conventions internationales.

Société : 253.

— cession de parts sociales : note 6 p. 305, 331.

— lois de police en matière de droit des sociétés : 326 et 329.

— partage de société : note 6 p. 32.

Stinzy : 343, 345.

Stipulation pour autrui : note 3 p. 77¹ 133.

Subrogation légale : 203, 313, **320** et s.

— V. Assurance, Sécurité sociale.

« Suites et effets » du contrat : note 3 p. 123, note 6 p. 104, note 1 p. 139.

Territorialité :

— ambiguïté de la notion : **195** et s., 216.

— absence de lien entre la territorialité d'une loi et son exclusion du domaine des conflits de lois : 196 et s. (v. Lois de droit public, Lois de police, Lois politiques).

— notion plus exacte de lois ayant un domaine d'application limité dans l'espace : 235 et s.

Transport :

— bilatéralisation de l'article 16 de la loi du 18 juin 1966 : 290 et s. (v. Article 517 du Code de commerce néerlandais).

— dénonciation des vices de la marchandise dans les transports terrestres et maritimes : 151 et s. (v. Délais, Formalités).

— loi applicable au contrat de transport maritime de marchandises : 253.

— responsabilité du transporteur aérien de passagers : note 1 p. 138.

— responsabilité du transporteur maritime de marchandises : 57 et s., note 4 p. 119, 168 et 169 (v. Clauses de responsabilité, Convention de Bruxelles de 1921).

— responsabilité du transporteur maritime et terrestre de personnes : 129, 132 et s. (v. Convention de Bruxelles de 1961, Responsabilité).

Transport bénévole : 129, note 2 p. 113.

Travail :

— carte de travail : note 5, p. 299.

— délai-congé : note 2 p. 281.

— détachement du travailleur : 310, note 5 p. 293.

— loi applicable au contrat ou à la relation de travail : 270, 308, note 1 p. 285.

— police du travail : note 3 p. 279, note 5 p. 299.

— qualification de contrat de travail : 494.

— rupture abusive du contrat de travail, note 2 p. 279.

— rupture du contrat de travail : 307 et s.

— salaires : 327.

— V. Accident du travail, Clause compromissoire, Clause de prorogation de for, Conventions collectives, Sécurité sociale, V.R.P.

Trust :

— V. Cartel.

Unité du contrat : 3, 4, 9, 11, 54, 85, note 1 p. 95, 186, 250 (v. Morcellement du contrat).

Usages : note 3, 78, 92, 125.

Usure : 46.

Validité du contrat :

— V. Capacité, Cause, Consentement, Forme, Licéité du contrat, Lois de police, Objet.

Vente : note 3 p. 77.

— action estimation et réhibitoire : 96, 151, 161 (v. Responsabilité contractuelle).

— charge des risques : note 2 p. 123.

— dénonciation des vices de la marchandise : 151 et s. (v. Formalités, Délais).

— effets à l'égard des tiers : note 3 p. 77.

— réfaction du contrat : 96.

— V. Convention de La Haye de 1955.

Vita Foods : note 2 p. 27, note 3 p. 43.

V.R.P. :

— indemnités de licenciement : 245, **309** et s. (v. Travail, *Zanarelli*).

— nullité de la clause compromissoire insérée dans un contrat de représentation : 77, **245**.

— V. Conventions collectives, Travail.

Zanarelli : 311 bis.

TABLE DES MATIÈRES

	pages
INTRODUCTION (n ^{os} 1 à 10).....	1

PREMIÈRE PARTIE

LA LOI DU CONTRAT ET LE DOMAINE CONTRACTUEL

(n ^{os} 11 à 13).	7
---------------------------------	---

CHAPITRE PREMIER

LA FORMATION DU CONTRAT

(n ^{os} 14 à 84).....	11
Section I. — L'existence du contrat (n ^{os} 15 à 43).....	12
§ 1. — <i>Le consentement des parties</i> (n ^{os} 16 à 35).....	12
A. — Contrats internationaux par correspondance (n ^{os} 17 à 20)..<	13
B. — Vices du consentement (n ^{os} 21 à 35).....	17
1) Objection tirée du fondement des règles relatives aux vices du consentement en droit interne (n ^{os} 24 à 28).....	19
2) Objection tirée de l'existence d'un cercle vicieux (n ^{os} 29 à 31).....	22
3) Objection tirée du caractère impératif en droit interne des règles relatives aux vices du consentement (n ^{os} 32 à 35).....	24
§ 2. — <i>La cause et l'objet du contrat</i> (n ^{os} 36 à 43).....	27
A. — L'exigence d'une cause et d'un objet (n ^{os} 37 à 38).....	27
B. — La lésion (n ^{os} 39 à 43).....	29
Section II. — La licéité du contrat (n ^{os} 44 à 84).....	33
§ 1. — <i>Le principe de la compétence de la loi du contrat</i> (n ^{os} 45 à 53)...	34
A. — La compétence de principe de la loi du contrat en droit international privé français (n ^{os} 45 à 46).....	34
B. — L'abandon à l'étranger de la compétence de la loi du lieu de conclusion (n ^{os} 47 à 48).....	36

C. — La compétence de la loi du lieu d'exécution en droit anglo-saxon (n ^{os} 49 à 53).....	39
§ 2. — <i>Difficultés d'application du principe à certaines clauses contractuelles insérées dans le contrat</i> (n ^{os} 54 à 84).....	42
A. — Les clauses de responsabilité (n ^{os} 57 à 62).....	44
B. — La clause compromissoire (n ^{os} 63 à 79).....	49
1) La jurisprudence antérieure à 1963 (n ^o 65).....	51
2) L'autonomie de la clause compromissoire (n ^{os} 66 à 69)....	53
3) La loi applicable à la clause compromissoire (n ^{os} à 70 78)...	57
C. — La clause de prorogation du for (n ^{os} 79 à 84).....	68
1) La clause influe principalement sur la compétence territoriale (n ^{os} 80 à 82).....	69
2) La clause influe également sur la compétence d'attribution (n ^{os} 83 à 84).....	72

CHAPITRE II

LES EFFETS DU CONTRAT

(n ^{os} 85 à 174).....	76
Section I. — Les obligations créées par le contrat (n ^{os} 87 à 106).....	78
§ 1. — <i>L'étendue des obligations</i> (n ^{os} 88 à 97).....	78
A. — La détermination des obligations des parties (n ^{os} 89 à 94)...	78
B. — La modification du contenu des obligations (n ^{os} 95 à 97)...	83
§ 2. — <i>La durée des obligations</i> (n ^{os} 98 à 106).....	85
A. — La naissance des obligations (n ^{os} 99 à 100).....	86
B. — La prescription extinctive (n ^{os} 101 à 106).....	87
Section II. — L'exécution du contrat (n ^{os} 107 à 126).....	91
§ 1. — <i>Le rattachement de l'exécution à la loi du lieu d'exécution</i> (n ^{os} 111 à 112).....	94
§ 2. — <i>Les actes d'exécution</i> (n ^{os} 113 à 116).....	95
§ 3. — <i>Les modalités d'exécution</i> (n ^{os} 117 à 126).....	97
A. — Inexactitude et insuffisance des critères (n ^{os} 119 à 121)....	99
B. — Diversité des fondements (n ^{os} 122 à 126).....	102
Section III. — Les conséquences de l'inexécution du contrat (n ^{os} 127 à 165).....	104
§ 1. — <i>La détermination de la nature de la responsabilité</i> (n ^{os} 129 à 137). 106	
A. — Objections tenant aux qualifications du droit interne (n ^{os} 132 à 133).....	109
B. — Objections tenant aux conséquences de la qualification <i>lege fori</i> sur le plan des conflits de lois (n ^{os} 134 à 137).....	111
§ 2. — <i>Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle</i> (n ^{os} 138 à 165).....	114
A. — Les conditions de fond de la responsabilité contractuelle (n ^{os} 139 à 146).....	115
1) Le fait générateur de la responsabilité (n ^{os} 140 à 143).....	115

2) L'imputabilité du fait dommageable. Exonération du débiteur (n ^{os} 144 à 146).....	119
B. — Les formalités à accomplir par le créancier (n ^{os} 147 à 156) ..	122
1) La mise en demeure (n ^{os} 148 à 150).....	123
2) Formalités à accomplir par l'acheteur ou le destinataire de marchandises. Délais (n ^{os} 151 à 156).....	126
C. — Prescription de l'action en responsabilité contractuelle (n ^{os} 157 à 165).....	131
1) Cas où l'accomplissement de formalités conditionne l'action en responsabilité contractuelle (n ^{os} 158 à 161)	132
2) Cas où le fait générateur de la responsabilité contractuelle constitue une infraction pénale (n ^{os} 162 à 165).....	136
§ 3. — <i>Les effets de la responsabilité contractuelle : le droit à réparation</i> (n ^{os} 166 à 173).....	139
A. — L'étendue du droit à réparation (n ^{os} 167 à 169).....	140
B. — Le mode de réparation (n ^{os} 170 à 173).....	142
1) L'attribution de dommages-intérêts (n ^{os} 171 à 172).....	142
2) Autres modes de réparation (n ^o 173).....	144
Conclusion (n ^o 174).....	145

DEUXIÈME PARTIE

L'INTERVENTION D'IMPÉRATIFS SOCIO-ÉCONOMIQUES DANS LE DOMAINE CONTRACTUEL

INTRODUCTION (n ^{os} 175 à 194).....	149
I. — Remise en cause de la délimitation générale de la loi du contrat (n ^o 176).....	149
A. — Renforcement du dirigisme en droit interne (n ^{os} 176 à 184).....	149
B. — Evolution des relations internationales (n ^{os} 185 à 187).....	155
II. — Solutions proposées (n ^{os} 187 à 194).....	157

CHAPITRE PREMIER

L'APPLICABILITÉ DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES

(n ^{os} 195 à 238)	163
Section I. — Du principe d'applicabilité des lois de police étrangères (n ^{os} 201 à 221)	167
§ 1. — <i>Critique de la thèse fondée sur la présence d'éléments de droit public</i> (n ^{os} 202 à 214)	169
A. — L'inapplicabilité des lois étrangères de droit public. Jurisprudence et fondements (n ^{os} 203 à 205).....	171
B. — Critique des arguments invoqués (n ^{os} 205 à 214).....	173

1) La désignation d'une loi de droit public par une règle de conflit (n ^{os} 206 à 211).....	174
2) L'application d'une loi de droit public étrangère (n ^{os} 212 à 214)	179
§ 2. — <i>Critique de la thèse fondée sur le caractère de « lois politiques » des lois de police</i> (n ^{os} 215 à 221).....	182
A. — La doctrine classique des « lois politiques » (n ^{os} 216 à 218) ..	184
1) La place des lois dites politiques dans un système de conflit de lois (n ^{os} 216 à 217)	184
2) Le critère des « lois politiques » dans la doctrine classique (n ^o 218)	185
B. — Les notions proches de celles de lois politiques dans la doctrine moderne (n ^{os} 219 à 221).....	187
Section II. — Les limites de l'application de principe des lois de police étrangères (n ^{os} 222 à 238)	189
§ 1. — <i>L'ordre public</i> (n ^{os} 223 à 234)	190
A. — Identité des législations étrangères et du for (n ^{os} 224 à 225) ..	192
B. — Liens amicaux entre le « pays-législateur » et le « pays-juge » (n ^{os} 226)	194
C. — Liens conventionnels entre le « pays-législateur » et le « pays-juge » (n ^{os} 227 à 234).....	195
§ 2. — <i>Domaine manifestement territorial de la loi désignée par la règle de conflit</i> (n ^{os} 235 à 238).....	202

CHAPITRE II

LE RATTACHEMENT DES LOIS DE POLICE

(n ^{os} 239 à 358)	206
Section I. — La méthode de rattachement des lois de police (n ^{os} 241 à 295)	208
§ 1. — <i>Le rattachement des lois de police du for</i> (n ^{os} 242 à 259).....	209
A. — Les procédés utilisés par la jurisprudence (n ^{os} 243 à 250)...	209
1) La confusion des trois notions (n ^o 245).....	211
2) Domaine excessif reconnu aux lois de police françaises (n ^{os} 246 à 247).....	213
3) L'ordre public, circonstance de rattachement (n ^{os} 248 à 250)	216
B. — La thèse des lois « d'application immédiate » (n ^{os} 251 à 259) ..	218
1) Intérêt de la notion des lois d'application immédiate (n ^{os} 252 à 256)	220
a) Lois fixant expressément leur propre domaine d'application (n ^{os} 253 à 254).....	221
b) Lois dont le domaine d'application n'est pas fixé expressément (n ^{os} 255 à 256)	225
2) Place des lois d'application immédiate dans un système de droit international privé (n ^{os} 257 à 259).....	227
§ 2. — <i>Le rattachement des lois de police étrangères</i> (n ^{os} 260 à 295).....	232
A. — L'utilisation de la notion d'ordre public pour annuler des	

contrats conclus en violation de lois étrangères non applicables à ces contrats (n ^{os} 262 à 266).....	234
B. — Nécessité d'une règle de rattachement relative aux lois de police étrangères (n ^{os} 267 à 278).....	241
1) L'arrêt de <i>Hoge Raad</i> du 13 mai 1966 (n ^o 268).....	242
2) Arguments opposés ou favorables à la nécessité d'une loi de rattachement des lois de police étrangères (n ^{os} 269 à 278).....	244
C. — Procédé de rattachement aux lois de police étrangères (n ^{os} 279 à 295).....	253
1) L'utilisation de l'article 3, alinéa 1 du Code civil (n ^{os} 280 à 282).....	254
2) Règle de rattachement limitée aux lois de police qui ont une incidence sur le contrat (n ^{os} 282 à 285).....	256
3) Bilatéralisation des lois de police du for (n ^{os} 286 à 295)....	258
Section II. — Le domaine respectif des lois de police et de la loi du contrat (n ^{os} 296 à 358).....	266
§ 1. — <i>Rattachement unique</i> (n ^{os} 299 à 323).....	268
A. — Conséquences légales attachées à l'existence d'une « relation de travail » (n ^{os} 300 à 312).....	269
1) La réparation des accidents du travail (n ^{os} 301 à 306)....	270
2) Indemnisations forfaitaires fondées sur la rupture du contrat de travail (n ^{os} 307 à 312).....	278
B. — Conséquences attachées à l'existence d'un contrat d'assurance (n ^{os} 313 à 323).....	286
1) L'action directe de la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage (n ^{os} 314 à 319).....	287
2) La subrogation légale de l'assureur (n ^{os} 320 à 323 <i>bis</i>)....	292
§ 2. — <i>Dualité de rattachements</i> (n ^{os} 324 à 358).....	297
A. — La validité du contrat (n ^{os} 325 à 332).....	298
B. — La libération du débiteur (n ^{os} 333 à 360).....	307
1) L'effet des lois de police monétaire sur la libération du débiteur (n ^{os} 334 à 345).....	307
a) Interdiction et refus d'autorisation de transfert (n ^o 336).....	309
b) Paiement après dévaluation de la monnaie de compte (n ^{os} 337 à 339).....	311
c) Paiement en monnaie locale (n ^{os} 340 à 341).....	313
d) Paiement en compte bloqué (n ^{os} 342 à 345).....	316
2) L'effet des nationalisations sur la libération du débiteur (n ^{os} 346 à 358).....	318
CONCLUSION (n ^{os} 359 à 363).....	333
BIBLIOGRAPHIE.....	337
TABLE ALPHABÉTIQUE.....	353
TABLE DES MATIÈRES.....	361

